



**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**

**PORNOGRAFIA INFANTIL:
NOVOS PROBLEMAS FACE AO PARADIGMA DA PORNOGRAFIA VIRTUAL?**

**MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES**

INÊS SOFIA CERA MENDES

**PROFESSOR ORIENTADOR:
PROFESSOR DOUTOR MIGUEL PRATA ROQUE**

2017



**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**

**PORNOGRAFIA INFANTIL:
NOVOS PROBLEMAS FACE AO PARADIGMA DA PORNOGRAFIA VIRTUAL?**

INÊS SOFIA CERA MENDES

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses
com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito -
- Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Professor Orientador:
Professor Doutor Miguel Prata Roque

2017

Aos meus pais e irmãos, sempre!

Às nossas crianças.

«O menor violentado na sua sexualidade deixa de poder ser sujeito do seu próprio destino, da sua própria história sonhada, projetada ou construída. A história que lhe vão impor ultrapassa-o em velocidade e substância, deixa de ser “sua” para passar a ser aquela que não lhe ensinaram, para a qual não pediram sequer um assentimento seu que fosse. De si, apenas um murmúrio surdo, um grito abafado na calada do quarto dos fundos, no canto recôndito da garagem mal iluminada, um “não” ouvido nas paredes da sua alma que não tinha voz suficiente para soar. De si, apenas uma imagem de um corpo usado como vazadouro de néctares infelizes, numa toada de lamento e dor, tantas vezes silenciada em nome de um amor maior...»

(Paulo Guerra)

NOTAS PRÉVIAS

Impõe-se, aqui, alguns esclarecimentos, simples e diretos:

1) Acordo ortográfico:

O presente trabalho de dissertação foi escrito ao abrigo do novo acordo ortográfico, aprovado nos termos da Resolução da Assembleia da República n.º 35/2008, publicada na 1.ª Série do Diário da República, de 29 de julho de 2008.

2) Modo de citar:

Nas referências bibliográficas, seguimos o Sistema de Harvard (à exceção das citações diretas no corpo do texto, onde optámos por remeter para nota de rodapé).

3) Traduções:

As transcrições de textos estrangeiros são traduzidas para português, salvo algumas exceções de opção pela língua original por se tratar de expressão idiomática e poder perder o sentido com a tradução.

4) Jurisprudência:

As decisões jurisprudenciais são identificadas mediante a indicação do Tribunal, data e n.º de processo.

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CDC	Convenção dos Direitos das Crianças
Cfr.	Conforme
CP	Código Penal
CPPA	Child Pornography Prevention Act
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho
Ed.	Edição
E.U.A.	Estados Unidos da América
ICMEC	International Centre for Missing & Exploited Children
LPCJP	Lei da Proteção de Crianças e Jovens em Perigo
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais
SDN	Sociedade das Nações
STJ	Supremo Tribunal da Justiça
UE	União Europeia
UNICEF	Fundo das Nações Unidas para a Infância - United Nations Children's Fund
Vol.	Volume

RESUMO

A pornografia infantil tem sido, desde sempre, uma realidade que afeta as crianças de todo o mundo. Numa tentativa de dar um contributo válido para a proteção das crianças violentadas, o objetivo da dissertação é analisar a conceção atual do regime jurídico português em torno do crime da pornografia infantil virtual, uma nova forma de atentar contra as crianças, que começou a surgir nos finais do século XX. No entanto, antes de tratarmos a temática principal, propomo-nos fazer um enquadramento ao leitor. Começamos por retratar a evolução da criação dos instrumentos legais que tutelam os direitos das crianças, tanto a nível internacional como nacional, sem esquecer a apresentação da concretização da criança como sujeito de direitos. De seguida, caminhamos no sentido da construção jurídica da criança, que nos explica como podemos identificar um indivíduo enquanto menor e até que idade é concebida essa qualidade, mediante a exposição dos conceitos que nos levam a assumir e dar esse tratamento ao sujeito. Aproximando-nos mais do tema central deste trabalho, entramos na área do direito penal sexual português e fazemos referência às reformas do Código Penal Português que introduziram no elenco do regime sancionatório português os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, outrora considerados crimes que atentavam contra a moralidade e bons costumes, terminando este capítulo com a indicação dos tipos de crimes sexuais que afetam o menor onde, logo de seguida, nos focamos no tema da pornografia infantil e da sua evolução e variantes – desde as noções concebidas na ordem internacional até ao tratamento dado pelo ordenamento jurídico português. Por fim, pretende-se retratar o crime da pornografia infantil virtual através do enquadramento descritivo de diversos aspetos como o seu conceito, características, previsão na lei, bem como identificar qual o bem jurídico em questão, finalizando com a exposição das considerações doutrinárias tecidas sobre o tema, tanto a favor como contra a sua criminalização na ordem jurídica portuguesa. Afirmar que esgotamos o tema, seria pretensioso, no entanto procuramos ir de encontro à condenação do crime que, de uma forma ou de outra, ofende a liberdade e autodeterminação das crianças, aplaudindo o legislador na transposição da Diretiva 2011/92/UE, que combate a pornografia infantil virtual de acordo com o evoluir das novas tecnologias.

Palavras-chave: menores; direitos das crianças; crimes sexuais; autodeterminação sexual; pornografia infantil; pornografia infantil virtual.

ABSTRACT

Child pornography has always been a reality that affects children all over the world. In an attempt to contribute to the protection of abused children, the purpose of this dissertation is to analyze the current conception of the Portuguese juridical system with regards to the crime of virtual child pornography, a new way of attempting against children, which began to emerge in the late 20th century. However, before discussing the main theme, we will provide a framework for the reader. We start by describing the evolution of the creation of legal instruments that protect the children's rights, both international and nationally, without forgetting the assumption of the child as an individual of rights. Then, we further through the legal construction of the child, which explains how an individual can be considered a minor and until what age this quality is conceived, by exposing the concepts that lead us to assume and give the individual this treatment. Bringing us closer to the central theme of this work, we enter into the area of the Portuguese sexual criminal law. In this context, we write about the reforms of the Penal Code that shaped the crimes of sexual freedom and self-determination, once considered crimes that violated morality. This chapter ends with the indication of the types of sexual crimes that affect the minor. Here, we focus on the theme of child pornography and all its evolution – since the notions conceived in the international order to the treatment given by the Portuguese legal system. Moreover, it is intended to discuss the crime of virtual child pornography through a descriptive framework of several aspects, such as its concept, characteristics, prediction in the law, as well as to identify which protected legal interest our concern is. We finish with the exposition of doctrinal considerations woven about the theme, both in favor and against its criminalization in the Portuguese legal order. Finally, we aim to achieve the condemnation of the crime that, in one way or another, offends children's freedom and self-determination, applauding the legislator in the transposition of the Directive 2011/92/EU that battles against virtual child pornography according to the evolution of new technologies.

Keywords: minors; children's rights; sexual crimes; sexual self-determination; child pornography; virtual child pornography.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A criança é um ser humano frágil e ingênuo e que necessita de uma voz que a represente, tendo em conta as características inerentes à sua idade e à ausência de capacidades cognitivas (suficientes) para zelar por si próprio. Infelizmente, nos dias de hoje, muitas crianças por todo o mundo estão sujeitas a uma qualidade mínima de vida e encontram-se sob a alçada de abusos e comportamentos violentos. A violência sexual contra crianças é uma atividade criminosa que, pela sua diversidade de atos e pela gravidade que apresenta, revela ser um problema da sociedade e cuja solução está longe de ser perfeita. Especialmente quanto à pornografia infantil, tema que nos ocupará no presente estudo.

À primeira vista, não parecem ser mais do que fotografias com crianças desnudas ou pequenos vídeos caseiros com utilização dos menores a realizarem atos eróticos, ou com o foco virado para as suas zonas erógenas, com ou sem a presença de um adulto. No entanto, esta realidade já ultrapassou dimensões para lá do imaginável, sendo impossível calcular, em valores certos, o número de crianças que são abusadas e utilizadas em espetáculos ou fotografias e filmes pornográficos, bem como a quantidade de material pornográfico existente no mercado e na posse dos abusadores. E muito graças ao incontável avançar das tecnologias, que apesar das suas inúmeras vantagens, veio contribuir para a veloz difusão de materiais pornográficos, assim como à concretização de novos tipos de pornografia com menores – nomeadamente situações em que também o agente violador faz uso das novas tecnologias para explorar vítimas inocentes. Ora, uma das novas formas de pornografia infantil que começa a surgir nos finais do século XX é a nominada “*pornografia infantil virtual*”: um tipo de pornografia que, obedecendo aos normais padrões do crime, não recorre à utilização de uma criança real (de “*carne e osso*”) para a produção de materiais pornográficos. Ao invés, socorre-se ou de produções virtuais criadas por meio das novas tecnologias (mas de tal forma tão profissionais que se torna difícil distinguir a virtualidade da realidade); ou de maiores de idade que, devido à sua aparência física, ostentam um aspeto tão jovial que, graças a essa característica, permite a produção de peças pornográficas “infantis”.

Assim, cabe discutir e apreciar a punição desta forma de crime, bem como a sua validade, pois se é à criança que o bem jurídico está a tutelar com a criminalização do tipo que lhe é inerente, como agir a lei penal face à ausência do menor? Que condicionantes estão aqui englobadas? Será esta uma criminalização legal? Estarão os direitos de ambos os lados salvaguardados? É o que pretendemos analisar. Contudo, cumprirá antes de mais fazer um enquadramento do tema, de forma a definir conceitos e de demonstrar a evolução (naquilo que se configura verdadeiramente como uma luta por direitos) pela qual a proteção da criança tem passado. E, tal como o desenvolvimento da criança até à fase adulta, também a nossa dissertação passa por vários estágios.

Começaremos por no Capítulo I contextualizar a evolução da proteção dos direitos da criança bem como a consagração dos mesmos, abordando numa primeira fase os passos dados até ao reconhecimento da mesma como um sujeito de direitos, a nível internacional, com ênfase sobre a realidade Europeia, passando de seguida para a realidade Portuguesa, e concluindo este capítulo com algumas considerações sobre a conceção da figura jurídica do menor.

Posteriormente, abordaremos no Capítulo II, o papel do menor no direito penal português, onde incidiremos sobre os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no ordenamento jurídico português bem como, numa secção seguinte, enquadraremos os crimes que, revestindo uma violência sexual, afetam o menor no seu foro mais íntimo, nomeadamente os crimes contra a autodeterminação sexual.

No Capítulo III, dedicar-nos-emos à realidade da pornografia infantil, retratando novamente a realidade Europeia em primeiro lugar, e só depois a criminalização da pornografia com menores na lei penal Portuguesa. Ainda antes de encerrar-mos este último capítulo, falaremos da pornografia infantil na Internet, abordando a sua evolução e as preocupações que traz aos dias de hoje.

Após toda a fase de maturação necessária à compreensão do problema que nos levará a fazer um ponderado discernimento sobre o assunto, no Capítulo IV falaremos da pornografia infantil virtual mediante uma caracterização do crime, discussão sobre o seu bem jurídico e quais os interesses e direitos que se pretende

salvaguardar com esta modalidade de crime, prevista atualmente no art. 176.º n.º 4 do Código Penal.

Terminaremos com algumas considerações finais sobre todo o tema onde nos propomos a avaliar, de uma forma imparcial, todo o percurso feito pela defesa dos direitos do menor a um livre e saudável desenvolvimento, bem como a apreciar a problemática envolvente na criminalização da pornografia infantil virtual, que joga com importantes considerações doutrinárias, uma vez que não se encontra uma criança real em perigo, concluindo, com a nossa posição quanto ao problema em questão.

Independentemente das conclusões a retirar, esperamos que este estudo desperte (mesmo que de forma muito superficial – o tratamento dado nunca será suficiente), para as necessidades e carências das crianças de um modo geral, mas em especial quanto à violência sexual a que estão sujeitas. A pornografia infantil revela-se uma das formas mais cruéis de atentar contra o menor. Além dos (duros!) abusos sexuais a que o mesmo é sujeito e que o marcarão para toda a vida, esses abusos ficarão convertidos, para a eternidade, num formato que circulará por todo o mundo. Será o reviver dia-a-dia da invasão a que foi sujeito. Ajudemos a prevenir e a travar esta epidemia. Sejam vigilantes.

CAPÍTULO I

EVOLUÇÃO DA TUTELA DA CRIANÇA E CONSAGRAÇÃO DOS SEUS INSTRUMENTOS

§1. Reconhecimento da criança como sujeito de direitos

1.1. Considerações iniciais sobre o estatuto da criança

Hoje em dia a criança é vista como um ser humano frágil e carente de apoio e proteção, razão pela qual todos nós tentamos zelar pelo seu cuidado. Inegavelmente os direitos da criança são uma parte dos direitos do Homem e do Direito Internacional e verifica-se que o ordenamento jurídico tem evoluído bastante, como iremos ver, no sentido de tutelar os seus direitos e de proteger a criança das agressões da sociedade. Porém, a criança nem sempre foi vista e tida em consideração desta forma. Não era considerada sujeito de direitos e a estima tida por ela era equivalente à propriedade de coisas. Tal como GUSTAVO DE CAMPOS MONACO¹ apresenta, chegaram a existir casos em que para se conseguir defender a vida das crianças foi necessário recorrer a leis existentes para a proteção dos animais, sob o argumento de que, tal como os animais, as crianças eram seres vivos pertencentes ao reino animal².

Nos primórdios, não havia nada a tutelar pois a criança era vista como objeto de propriedade do pai e estava submissa a este poder familiar. No Direito Romano, a figura do *paterfamilias*, dispunha de poderes semelhantes aos que possuía relativamente a coisas e a escravos, podendo decidir sobre o direito à vida (ou morte), o direito de exposição, de venda ou de abandono³. O poder paternal era concebido como a instituição suprema de tutela dos filhos, aos quais os mesmos estavam subordinados e deviam honrar e respeitar, independentemente dos abusos

¹ In *A Declaração Universal dos Direitos da Criança e os seus sucedâneos internacionais: tentativa de sistematização*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.103.

² *Ibidem*. Este caso ocorreu em 1874, em Nova Iorque, quando uma assistente social de igreja, ao visitar uma família, encontrou uma criança doente e subnutrida, acorrentada à cama. Não havendo ainda instrumentos legais que legislassem e limitassem o exercício do poder familiar e proibisse os abusos e maus-tratos, foi com base numa lei de proteção aos animais que agiram os defensores, sob o argumento de que tal lei proibía os maus-tratos que fossem cometidos contra quaisquer seres vivos pertencentes ao reino animal.

³ SOTTOMAYOR, Maria Clara, in *Temas de direito das crianças*, Coimbra: Almedina, 2014, p.32.

aos quais estavam sujeitos – não havia intervenção estatal que regulasse as relações familiares.

Ainda durante muito tempo, foi este o regime a que as crianças se encontravam sujeitas: entregues ao poder familiar, não tinham apoio e, tendo em conta as características próprias da idade, não se conseguiam proteger. Eram vistas como um adulto sem que, no entanto, usufruíssem dos mesmos direitos que este. Repare-se, por exemplo, nas rotinas, trabalhos forçados e descanso, em que não haviam quaisquer práticas educativas diferenciadoras entre um adulto e uma criança, sendo esta um instrumento dos seus pais, detentores de um poder absoluto, sem direito a manifestar a sua opinião e sem tutela das atrocidades que sofria – mesmo quando as vivia no seio familiar.

Apesar de tardios, é após a Primeira Guerra Mundial que se começam a avistar os primeiros passos para a mudança de pensamento e para a tutela destes indivíduos. Em 1919, a Organização Internacional do Trabalho aprova uma convenção que viria a impor limites de idade para o início da vida económica e laboral dos jovens, pois desde muito cedo que estes começavam a trabalhar e, na maior parte dos casos, eram explorados⁴.

1.2. Primeiros passos para a tutela das crianças através de instrumentos jurídicos internacionais

O primeiro instrumento de Direito Internacional a conter uma referência a direitos da criança surge com a Declaração de Genebra de 1924, endossada de Declaração dos Direitos da Criança da Sociedade das Nações (doravante SDN). Promulgada em 1923 pelo Conselho da União Internacional da Proteção à Infância (*Save the Children International Union*⁵), a Declaração *supra* referida é imediatamente adotada pela Assembleia da SDN. Começa aqui a ser edificada a necessidade de se assegurar uma proteção especial das crianças: pretendeu-se apelar à consciencialização dos Estados-Membros da SDN para que se guiassem pelos princípios da Declaração, ainda que a mesma não fosse dotada de força

⁴ AMARAL, Jorge Pais do, in *A criança e os seus direitos*, Estudos em Homenagem a Rui Epifânio, Coimbra: Almedina 2010, p.164.

⁵ Fundada em 1914, inicia um movimento de defesa de direitos da criança.

vinculativa para os Estados, nem se estabelecessem direitos concretos para as crianças. Previa-se apenas o direito de a criança ser cuidada e protegida independentemente da sua raça, nacionalidade ou crença, bem como a ser auxiliada e colocada em condições favoráveis ao seu bom desenvolvimento, preservando-se a sua integridade física e moral.

Ainda assim, era insuficiente. Tornava-se imprescindível a inclusão de novos meios de proteção da criança, ampliando os institutos internacionais, que gradualmente começavam a surgir e a serem ratificados pelos Estados. Com o fim da Segunda Grande Guerra (e com a vontade de ajudar as vítimas desse conflito), surgiu a Organização das Nações Unidas (ONU), criada com o objetivo de zelar pela paz. No seguimento destes primeiros grandes passos, em 1946, duas grandes iniciativas são postas em prática: tanto o Conselho Económico e Social das Nações Unidas, fundado em 1945, através do qual se vem recomendar a adoção da Declaração de Genebra, com o propósito de se atentar para os problemas decorrentes do pós-guerra relacionados com as crianças, como é ainda criado o Fundo de Emergência das Nações Unidas para as Crianças, a UNICEF⁶, cuja missão se pauta pela ajuda de emergência às crianças europeias⁷. Por outro lado, em 1948, é ainda adotada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que contempla um vasto elenco de direitos e liberdades, inerentes a todos os seres humanos, no que respeita à defesa das crianças, passa a reconhecer que *“a maternidade e a infância têm direito a ajuda e assistência especiais”* e iguala a condição social de criança nascida dentro ou fora do casamento, não permitindo discriminação quanto ao tratamento (art. 25.º n.º 2 da Declaração).

Uma década depois, a 20 de novembro de 1959, é promulgada a Declaração Universal dos Direitos da Criança⁸ pela Assembleia-Geral das Nações Unidas,

⁶ United Nations International Children's Emergency Fund.

⁷ Apesar de o foco inicial estar direcionado às crianças europeias, no início da década de 50 a UNICEF decide alargar o seu alcance para enfrentar eficientemente as necessidades das crianças e das mães dos países em desenvolvimento. Face ao panorama carente da sociedade, e em especial das crianças, a Assembleia Geral das Nações Unidas decide que o fundo deve manter-se em funcionamento por tempo indeterminado e torna-se, em 1953, uma agência permanente das Nações Unidas que passa a ocupar-se principalmente das necessidades das crianças dos países mais pobres de África, Ásia, América Latina e Médio Oriente. Passa a designar-se *Fundo das Nações Unidas para a Infância*, mas mantém a sigla já conhecida por todo o mundo. Hoje em dia, o seu campo de ação centra-se muito nas crianças que sofrem com a falta de água, comida, saneamento e doentes, bem como de refugiadas da guerra.

⁸ Resolução da Assembleia Geral n.º 1.386 (XIV), 20 de novembro de 1959.

iniciativa que coube à Organização das Nações Unidas e que pretendeu garantir a proteção especial da criança e dos seus direitos civis, consagrando que “a Humanidade deve dar o melhor de si mesma à criança”⁹, independentemente de se traduzir ou não numa obrigação jurídica. Indo de encontro ao que MARCO ALEXANDRE SAIAS¹⁰ indica, pretendeu-se obter o reconhecimento ao direito de bem-estar de todas as crianças e igualmente um elemento de direito capaz de lhes garantir uma infância feliz, um correto e harmonioso desenvolvimento da personalidade. Não obstante, este instrumento internacional continuava a não revestir a característica de obrigatoriedade jurídica para os Estados¹¹, comportando apenas um cariz simbólico e dever moral¹², fundamentando-se em três princípios: a proteção especial da criança; a não discriminação e o desenvolvimento físico e moral saudável da criança. O principal objetivo alcançado com esta Declaração, em contraposição à inicial de 1948, prendia-se com a perceção da criança: esta passava a ser vista como sujeito de direito e não mais como mero recetor passivo das ações realizadas a seu favor, dando-se início à aplicação do melhor interesse da criança¹³.

Ainda antes de alcançarmos o instrumento internacional que viria a ter maior impacto e que se destinava unicamente às crianças e que reconhecia o direito dos menores, ocorreram outras manifestações que se dedicaram às crianças. Em 1966¹⁴, reconheceu-se no PIDESC (art. 10.º e, em especial, o seu n.º 3) e no PIDCP (art. 23.º e 24.º) um amplo elenco de direitos referentes às crianças, considerados fundamentos da liberdade, justiça e paz no mundo; em 1978 a Comissão dos Direitos do Homem decidiu incluir na sua agenda a preparação de uma Convenção sobre os direitos da criança, para possível aprovação na Assembleia Geral, empenhando-se em 1979 na elaboração de um projeto para a Convenção. É ainda neste ano proclamado e assinalado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, o Ano

⁹ Veja-se a previsão no Preâmbulo da Declaração dos Direitos da Criança.

¹⁰ In *A Convenção sobre os Direitos da Criança*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. 43, n.º1, Lisboa: Coimbra Editora, 2002, p.802-803.

¹¹ Foram poucos os Estados-Partes a comprometerem-se a incorporar estes direitos nos seus ordenamentos internos nesta fase inicial.

¹² GONÇALVES, Maria João; SANI, Ana Isabel, in *Instrumentos jurídicos de proteção às crianças: do passado ao presente*, [Internet], disponível em <http://ec.es.revues.org/1728> [consultado a 30 de setembro de 2016].

¹³ MONACO, Gustavo Ferraz de Campo, in *A Declaração Universal dos direitos da criança (...)*, op. cit, p.104.

¹⁴ Adotado e aberto a assinatura, ratificação e adesão pela Resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas a 16 de dezembro de 1966, com entrada em vigor na ordem internacional a 3 de janeiro de 1976.

Internacional da Criança, perspetivando uma missão de cunho mundial referente à proteção, desenvolvimento e segurança de todas as crianças, através da sensibilização de políticos e da sociedade em geral. Para tal, foi criado um grupo de trabalho¹⁵, proposto pelo Governo Polaco, com o objetivo de convencionar os direitos da criança, de forma imperativa, com responsabilidade solene e concreta para os Estados.

1.3. A Convenção dos Direitos da Criança de 1989: o grande marco na proteção das crianças

Na esteira da proposta do Governo Polaco e do grupo de trabalho criado e atendendo ao facto de a situação das crianças permanecer crítica em muitas zonas do mundo, como consequência de condições sociais inadequadas, calamidades naturais, conflitos armados, exploração e tráfico sexual, era certo que uma ação nacional e internacional, urgente e efetiva, era necessária. E é no seguimento de todas estas preocupações que finalmente surge a Convenção sobre os Direitos da Criança¹⁶ (doravante CDC) em 1989, criando-se um compromisso entre diferentes sistemas jurídicos e um consenso em torno de políticas da infância no seio de organismos internacionais, países e entidades governamentais e não-governamentais, após tanto tempo de “luta”. Em vigor desde 2 de setembro de 1990¹⁷, a CDC foi aprovada e adotada pela Assembleia das Nações Unidas, a 20 de novembro de 1989, incorporando princípios gerais e orientações quanto à perspetiva da criança, enquanto sujeito dotado de direitos fundamentais e com autonomia para o exercício dos mesmos em função da sua idade, maturidade e desenvolvimento das suas capacidades. Pela primeira vez, os seus direitos afirmavam-se tendo por base um conceito de individualidade e não mais por oposição aos direitos dos adultos, sendo as crianças colocadas no centro da questão.

¹⁵ SAIAS, Marco Alexandre, in *A Convenção sobre os direitos da Criança (...), op. cit., p.805, apud CATARINA ALBUQUERQUE* (in *Direitos das crianças, Documentação e Direito Comparado*, nº 83/84, 2000, p.27), dizendo que este grupo de trabalho seria de composição ilimitado. Isto porque se almejava que todos os Estados-Membros da Comissão dos Direitos do Homem pudessem nele participar e que todos os outros Estados-Membros das Nações Unidas pudessem enviar observadores com direito a intervir.

¹⁶ “Convention on the Rights of the Child”.

¹⁷ Resolução 44/25 de 20 de novembro de 1989.

É o maior instrumento internacional centrado unicamente nas crianças¹⁸ que determina que todos os seus preceitos devem ser aplicados e analisados à luz dos seus quatro pilares fundamentais: a não discriminação (art. 2.º); o superior interesse da criança (art. 3.º); o direito à vida, à sobrevivência e ao harmonioso desenvolvimento (art. 6.º); e ainda, a importância da participação infantil e do respeito pela sua opinião e livre expressão (art. 12.º).

Ao contrário de todas as outras construções legais, a CDC não é apenas uma declaração de princípios gerais: quando ratificada, traduz-se num pacto imperativo, com obrigações vinculativas para os Estados que a ela aderem, tornando-os partes juridicamente responsáveis pela concretização, promoção e proteção dos direitos e liberdades da criança que a mesma consagra, obrigando-os a cumprir através da adequação das normas da ordem jurídica interna às da Convenção. Traduzindo-se numa verdadeira Carta de Direitos, que inclui direitos políticos, civis, económicos, sociais e culturais, estando em todos eles inerente a dignidade da pessoa humana, está-lhe ainda subjacente a necessidade de proteção jurídica e não jurídica da criança, antes e após o nascimento; a importância do respeito pelos valores culturais da comunidade da criança; e o papel vital da cooperação internacional para que os direitos da criança sejam uma realidade. Atualmente, a CDC encontra-se ratificada¹⁹ por quase todos os Estados do Mundo, havendo apenas dois países²⁰ que ainda não se encontram vinculados juridicamente. Para monitorizar a ação dos Estados-Partes na realização dos direitos da criança, foi criado um Comité, encarregado de apreciar e de controlar internacionalmente o correto cumprimento dos direitos, através da análise de relatórios emitidos pelos Estados-Partes, adequando o seu controlo conforme as reservas estabelecidas por cada Estado-Parte aquando a ratificação.

¹⁸ Veja-se art. 1.º da CDC que identifica a criança e define qual o rol de pessoas abrangidas pela sua previsão.

¹⁹ Portugal ratifica a CDC a 21 de setembro de 1990 mediante a Resolução da Assembleia da República n.º 20, publicada em DR, I Série A, n.º 211 de 12 de setembro de 1990, estando em vigor na ordem jurídica portuguesa desde 21 de outubro de 1990.

²⁰ Estados Unidos da América e Somália. Consultado em www.unicef.pt/artigo.php?mid=18101111. Contudo, é indispensável referir que, se por um lado o número de ratificações de que a CDC foi alvo é absolutamente inédito e constitui um sinal claro do sucesso deste instrumento de direito internacional, não é menos verdade que o âmbito das obrigações dos Estados nele partes, tem sido fortemente limitado pela aposição de reserva ou declarações – 68 Estados formularam reservas ou declarações interpretativas.

São ainda controlados pelo Comité, os direitos dispostos nos Protocolos Facultativos propostos pelo Comité de Direitos Humanos da ONU: Protocolo Facultativo relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantil²¹ e o Protocolo Facultativo relativo à participação de crianças em conflitos armados²². Estes dois protocolos revelam-se extremamente importantes para a cooperação internacional, de forma a que fatores internos como a pobreza, falta de educação e de estrutura familiar, entre outros, não contribuam para crimes que tenham as crianças como vítimas.

A Convenção refletiu a especificidade da infância, mudou a visão que se tinha da criança, passando esta a ser titular de direitos e liberdades fundamentais, e inspirou as legislações e atenções internas para a tutela deste ser. Com a sua criação, foi dado um grande passo no reconhecimento da necessidade de instituição de um regime jurídico de proteção no qual se impele os Estados e a Sociedade a ter um papel de intervenção na atenção a ser dada à criança.

Apesar de a Convenção continuar a ter um papel primordial, para além desta, consagraram-se ainda outros instrumentos relativos aos direitos da criança, tal como MARIA JOÃO GONÇALVES e ANA ISABEL SANI²³ enumeram. Veja-se por exemplo a Convenção n.º 138, da Organização Internacional do Trabalho, que regula a idade mínima laboral; As Regras de Beijing – regras mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores de 1985; os Princípios orientadores de Riade que versam sobre a delinquência juvenil, adotados em 1990; As Regras de Tóquio – Regras para Proteção de Menores Privados de Liberdade, também de 1990; Convenção de Haia de 1993 relativa à Proteção de Crianças e à Cooperação em matéria de Adoção Internacional; e ainda o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, adotado em 1998 e dirigido a crimes de guerra ou genocídio, violência sexual, prostituição infantil ou ataques contra escolas ou hospitais.

²¹ Adotado, e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Assembleia Geral a 25 de maio de 2000 (Resolução A/RES/54/263), com entrada em vigor a 18 de janeiro de 2002. É ratificado por Portugal a 16 de maio de 2003.

²² Adotado, e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Assembleia Geral a 25 de maio de 2000 (Resolução A/RES/54/263), com entrada em vigor a 13 de fevereiro de 2002. É ratificado por Portugal a 19 de agosto de 2003.

²³ In *Instrumentos jurídicos de proteção às crianças (...), op. cit.*

Neste campo de zelo pelos menores, é ainda emitida a Decisão-Quadro de 2004/68/JAI, do Conselho da União Europeia, de 22 de dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e pornografia infantil, onde estabelece que estas atividades constituem graves violações de direitos humanos. Destaca-se ainda a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a exploração sexual e abuso sexual, de 25 de outubro de 2010 ²⁴, a Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho, de 3 de fevereiro de 2009, relativa à luta contra a exploração sexual da criança e a pornografia infantil, e a Diretiva 2011/92/UE, do Parlamento Europeu do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativo à luta contra o abuso sexual, a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, que substitui a Decisão-Quadro *supra* mencionada.

Sem prejuízo dos avanços acima espelhados no que respeita à tutela jurídica das crianças, e na crescente adoção de diplomas que consagram a obrigatoriedade dos Estados à proteção dos mesmos, há que continuar a caminhar neste sentido e não permitir que os Estados se conformem com o já construído: a “luta” pelos direitos das crianças é constante, pelo que é necessário, cada vez mais, adaptar o sistema às novas realidades.

§2. Enquadramento legal português

2.1. Evolução do quadro legal – panorama geral

O nosso sistema legal, relativamente aos direitos dos menores, tem como fonte de direito a CDC, este marco significativo, no qual se consagraram os direitos de autodeterminação e de participação das crianças, se impulsionou a luta em prol do melhor e superior interesse da criança, e se protegeu a criança contra todas as formas de discriminação, abuso, exploração e injustiça. Sendo certo que foi especialmente desde os finais do século XX e inícios do século XXI, que a proteção dos menores se alargou e a preocupação com a tutela dos seus direitos foi (e é) cada vez maior. Esta demora em se considerar as crianças como cidadãos de direito deveu-se a fatores como a ingenuidade, fragilidade, incapacidade de falar, idade e,

²⁴ Conhecida também por Convenção de Lanzarote, foi assinada pelo Estado Português no dia 25 de outubro de 2007, com entrada em vigor a 01 de dezembro de 2012.

consequentemente, às suas vulnerabilidades, que devem ser encaradas, não como um fator de afastamento, mas como um fator de atenção, para se delinearem direitos de forma a corresponderem às necessidades. Segundo ANA ISABEL DE SÁ DE FIGUEIREDO FERREIRA²⁵ existem dois tipos de vulnerabilidade: a vulnerabilidade inerente, na qual se destaca a dependência a que as crianças estão sujeitas através dos serviços e cuidados que o adulto lhes propicia, apesar de ao longo do seu desenvolvimento esta vulnerabilidade se atenuar devido à sua crescente autonomia; e a vulnerabilidade estrutural, que se deve à ausência de direitos civis da criança assim como à sua falta de poder económico e político.

De modo a ter em conta estas vulnerabilidades (típicas da idade), relativamente à ordem jurídica portuguesa, sempre se concedeu uma especial atenção às crianças, tendo sido um dos primeiros países na Europa a legislar em matéria de infância, através da Lei de Proteção à Infância²⁶, que reconhecia a criança como a base das sociedades, o Homem do amanhã: viviam-se tempos muito difíceis e a necessidade de intervenção Estatal era de tal forma urgente, que não deveria limitar-se às (poucas) obras de caridade. Assim, no início do séc. XX, é promulgada a Lei de Proteção à Infância que cria a “Tutória da Infância²⁷” e a “Federação Nacional dos Amigos e Defensores das Crianças” (art. 1.º da presente lei), a fim de tutelar os menores em perigo. Consagra-se o primeiro regime jurídico específico para os menores, bem como os primeiros Tribunais de competência especializada em matéria de menores.

Prosseguindo o objetivo de garantia de proteção dos menores, é em 1962 que se dá lugar a uma grande reforma em matéria de infância e juventude com a entrada em vigor da Organização Tutelar de Menores, que revogou a Lei de Proteção à Infância e que reforça a obrigação do Estado de *proteger, assistir e educar*, uma figura paternal que substitui os pais e os educadores na prossecução do que entende ser o melhor interesse para cada criança ou jovem, com amplos poderes de intervenção²⁸.

²⁵ Citando Gerison Lansdown, in *Direitos das crianças: do abstracto ao concreto*, Dissertação da tese de Mestrado em Ciências da Educação, Universidade de Aveiro, 2011, p. 10.

²⁶ Aprovada pelo DL n.º 27 de maio de 1911.

²⁷ Tribunais especializados em Direito dos Menores, julgando segundo critérios de equidade e conforme o juízo de um bom pai de família.

²⁸ MARTINS, Cláudia Sofia Antunes, in *Das primeiras leis de protecção da infância e juventude em Portugal à entrada em vigor da LPCJP*, Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, n.º 22, 2013, p.135 e p.147.

Posteriormente dá-se origem a outra, igualmente importante, reforma do nosso ordenamento jurídico com a publicação em 1999, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens²⁹ e a Lei Tutelar Educativa³⁰ – entram em vigor a 1 de janeiro de 2001. Com a criação destes dois diplomas, o sistema jurídico em vigor passaria a assentar na ideia de uma responsabilidade repartida entre Estado e Sociedade, no sentido de acautelar o normal desenvolvimento da personalidade e o bem-estar dos menores³¹, sempre em função do seu superior e melhor interesse. Com a primeira Lei, fundava-se um modelo de promoção e proteção da infância, na qual a proteção traduzia-se em promover os seus direitos individuais, económicos, sociais e culturais, em função do superior interesse da criança e do jovem; enquanto que na segunda, elegia-se um modelo de intervenção educativo, assente numa conceção de intervenção mínima e de respeito pelo direito à liberdade e à autodeterminação, sem constrangimentos por parte de terceiros³².

2.2. Tutela Constitucional

Relativamente aos preceitos de tutela constitucional, que têm por base o reconhecimento da dignidade humana (art. 1.º CRP), a criança está abrangida pelos direitos fundamentais que a Constituição consagra no seu Título I e também pelos direitos, liberdades e garantias pessoais, consagrados no Capítulo I do diploma fundamental, aplicáveis às crianças, enquanto indivíduos titulares de direitos fundamentais (vejam-se os arts. 24.º, 25.º e 26.º da CRP) e de normas que regulam a proteção da infância contra todas as formas de abandono, opressão e de discriminação (art. 67.º, 69.º e 70.º CRP), com vista a um harmonioso e integral desenvolvimento da personalidade. Face a estas exigências, há uma conversão no pensamento: abandona-se a regra da incapacidade de exercício e substitui-se pelo princípio da capacidade de agir limitada, tendo gozo pleno de direitos e capacidade de exercício limitada³³. A constitucionalização destas garantias é de grande importância na medida em que se traduz na imposição dirigida ao legislador que

²⁹ Lei n.º 147/99, 01 de setembro de 1999.

³⁰ Lei n.º 166/99, 14 de setembro de 1999.

³¹ *Ibidem*, p.135 e p.157.

³² RIBEIRO, Alcina Costa, in *Autonomia da criança no tempo de criança*, Estudos em Homenagem a Rui Epifânio, Coimbra: Almedina 2010, p.22 e 23.

³³ *Ibidem*, p.22.

exige um dever de proteção da vida tanto perante a atuação de terceiros como face a risco objetivo. Esta proteção requer, por um lado, que se preze a essência de cada uma dessas instituições e que, por outro, se defenda de harmonia com o circunstancialismo social, cultural e económico, a dignidade humana, interditando de forma absoluta qualquer uma das formas da sua violação.

2.3. Tutela Civil

Fazendo uma breve referência ao domínio civil, alguns dos preceitos que apresentam relevância para as crianças são as normas que consagram a tutela geral da personalidade (física e moral) das pessoas singulares, previstas na Parte Geral no art. 70º do CC e a numeração exemplificativa de direitos de personalidade, oponíveis em sede de responsabilidade civil contratual e extracontratual, quando resultem danos da violação; e, no Livro de Direito da Família, os direitos de participação na família (arts. 1878.º, 1885.º e 1901.º do CC).

2.4. Tutela Penal e Processual Penal

Por fim, na área do Direito Penal e Processual Penal, apesar de estes campos do direito elencarem várias previsões legais, que constituem diferentes tipos de crime que atentam contra os menores, impedindo a sua prática, o método protecional aqui é um pouco diferente. Este domínio penal, ocupa-se especialmente da prevenção do estatuto das crianças vítimas de crimes violentos, sobretudo na área dos crimes sexuais, em que a dupla vitimização provocada pelo sistema social e judicial de proteção é particularmente traumatizante para o menor. Estas matérias orientam-se pelo princípio do superior interesse da criança, consagrado no art. 8.º n.º 3 do Protocolo Facultativo à Convenção dos Direitos das Crianças, relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis, o qual visa o estabelecimento de medidas legislativas, judiciais, sociais e administrativas que defendam as carências especiais das crianças. Acresce que se pretende igualmente ir ao encontro do interesse do menor-vítima, do seu direito à reinserção social e da sua recuperação física e psicológica, através do art. 9.º, n.º 3 do Protocolo em que se prevê a obrigação de adoção de medidas que envolvam a restrição da liberdade do

abusador, pois as medidas alternativas à prisão, revelam-se ineficazes para realizar a necessidade de proteção e recuperação da criança³⁴.

§3. A menoridade: do que se trata?

3.1. Personificação da criança – concepções introdutórias

Inicialmente, a noção de criança passava pela caracterização de um ser irracional, inacabado e imperfeito, desprovido de racionalidade e de sabedoria, para ter vontade própria e ser capaz de regular as suas ações, estando sempre sujeita aos mandamentos dos pais³⁵. É apenas com a corrente de pensamento de Rousseau que se lançam as bases para os ideais de hoje, uma vez que passou a existir o reconhecimento da criança como indivíduo semelhante ao adulto, mas com maneiras de pensar, ver e sentir próprias da idade, valorizando-se este momento de aprendizagem, enquanto uma das etapas do desenvolvimento humano³⁶.

Assim, vê-se que o caminho até chegar à formulação da criança e do jovem não como adulto mais novo, mas como um *“sujeito autónomo de direitos, com especificidades resultantes das características das etapas próprias do seu desenvolvimento”* ³⁷ até atingir a maturidade foi bastante longo. Mas então o que se entende por menor? O que é uma criança e o que significa sê-lo? Como é delimitada esta categoria?

É sabido que todo o ser humano, desde que nasce até chegar à vida adulta, passa por vários estágios de aprendizagem, sendo essencial nos primeiros anos de vida o apoio e ensinamentos dos adultos para suportar o seu desenvolvimento. De modo a tutelar esta fase mais carente de conhecimentos e experiências na qual o indivíduo ainda não possui capacidades que dispensem essa proteção, criou-se a categoria jurídica da menoridade.

³⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara, in *A autonomia do direito das crianças*, Estudos em Homenagem a Rui Epifânio, Coimbra: Almedina 2010, p.81 e ss.

³⁵ Neste sentido, Aristóteles, Platão e Locke, *apud* SOTTOMAYOR, Maria Clara in *Temas de Direito das Crianças (...)*, *op. cit.*, p. 27 e ss.

³⁶ Neste sentido, Rousseau, *apud* SOTTOMAYOR, Maria Clara in *Temas de Direito das Crianças (...)*, *op. cit.*, p. 27.

³⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte in *O Direito da Família Contemporâneo – Lições*, 4ª edição, Lisboa: AAFDL 2013, p. 351, cita Armando Leandro.

Definir o campo de menor é bastante importante para que se possa reproduzir, de maneira mais precisa, a tutela dos direitos desses indivíduos. A sua conceção é uma construção social que depende de época, da história e da cultura de cada país, com impacto na vida das crianças, na medida em que crianças e adultos mudam o seu comportamento conforme o meio em que estão³⁸. Se bem que, atualmente, independentemente do meio em que está, é certo que a idade que o sujeito apresenta, é a condição para a definição de criança. Defende ROSA MARTINS³⁹ que a “*qualificação pela lei de um sujeito como menor ou maior de idade, tem razão de ser na natureza do processo de amadurecimento paulatino do ser humano. (...) O estágio de desenvolvimento do ser humano está intimamente ligado à idade cronológica do sujeito*”, dividindo-se tal qualificação pela menoridade e maioridade.

3.2. Construção jurídica do menor na Convenção e no Ordenamento Jurídico Português

Assiste-se hoje a uma maior intervenção dos Estados na promoção e defesa dos interesses da criança, seja através da criação de legislação específica, seja mediante mecanismos que possam dirimir os conflitos das crianças, bem como comissões especiais para a tutela e promoção dos seus direitos.

Tendo por referência, em primeiro lugar, a CDC, o instrumento primordial a nível internacional, aqui a criança é definida como todo o ser humano com menos de 18 anos, abrindo-se exceções à lei nacional para poder conferir a maioridade mais cedo – cfr. art. 1.º, parte final – sem com isso fazer qualquer discriminação em função da raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra da criança, dos seus pais ou representantes legais, ou da sua origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento ou de qualquer outra situação⁴⁰.

³⁸ Veja-se, a título de exemplo, os casos de vitimização por crimes de abuso sexual em algumas culturas orientais, apenas são reconhecidos a baixas idades, não admitindo adolescentes ao estatuto de menor, na medida em que a sociedade e o sistema judicial tendem a não percecionar o abuso sexual de adolescentes como tal, responsabilizando-as como alguém que seduziu e imputando-lhes a “culpa” de terem sido abusadas.

³⁹ In *Menoridade, (In)capacidade e cuidado parental*, Centro de Direito da Família – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 15.

⁴⁰ Cfr. art. 2.º da CDC, impõe-se pela ratificação da Convenção.

Já no que concerne à ordem interna portuguesa, não se verificam, ainda, a existência de instrumentos legais exclusivamente dedicados, e tão só, aos direitos das crianças. A idade limite abaixo da qual o ser humano é considerado criança ou, simplesmente, menor, isto é, pessoa que não atingiu, do ponto vista jurídico, o estatuto de adulto, decorre do que se encontra estabelecido em diferentes diplomas⁴¹. O estado de menor revela-se fortemente marcado por uma situação de submissão e dependência em relação a outras pessoas, principalmente aos pais. Contudo, não é um ser humano inferior: é um ser humano de igual dignidade e com o mesmo direito de gozo que todos os outros, apenas mais vulnerável às agressões da sociedade.

De forma a dar resposta a este estatuto do menor, o direito civil orienta-se hoje por um princípio geral de capacidade natural dos menores, de acordo com as suas faculdades presentes em cada fase do seu desenvolvimento. Civilmente, assume-se como menor todo o indivíduo que ainda não tenha completado o seu décimo oitavo ano de vida (cfr. art. 122.º do CC)⁴², tendo até essa idade, apenas capacidade de gozo de direitos devido às características da idade (art. 123.º). A partir daí, ao perfazer os dezoito anos de idade, e passando a ser considerados adultos, aos olhos da ordem jurídica, atinge-se a plena capacidade de exercício de direitos por força do art. 130.º CC⁴³.

Contudo, apesar de o ordenamento jurídico português se orientar pelo conceito de menoridade civil, verificam-se exceções em outros ramos do direito relativamente à maioridade, i.e., a lei, para alguns efeitos, prevê limites de idade inferiores aos dezoito anos. Vejam-se a título de exemplo os casos de menores que

⁴¹ Designadamente a Constituição, o Código Civil, Código Penal, Código de Trabalho contêm disposições legais que expressamente se referem às crianças.

⁴² Inicialmente, com as Ordenações Afonsinas, o limite cingia-se aos vinte cinco anos de idade, reduzindo para os vinte um com o Código de Seabra (art. 97.º). O limite dos dezoito anos surge mais recentemente, após o exemplo das leis francesa e alemã de 1974 e da lei italiana de 1975. De modo a também ir ao encontro da Constituição que consagra o poder de voto a partir dos dezoito anos de idade (Constituição de 1976), dá-se então a alteração da faixa etária para os dezoito anos com a reforma de 1977 (DL 496/77, 25 de novembro) – PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, in *Código Civil Anotado*, v. I (arts. 1.º a 761.º), 4ªed., Coimbra: Coimbra Editora, 1987, pp. 135 e 136.

⁴³ No entanto, apesar de o sistema de aquisição de maioridade português ser um sistema de fixação normativo e automático convertido num limite etário rígido, este traduz-se também num sistema mitigado, isto é, permitem-se as “maioridades antecipadas” que se revelam nos casos de atribuição de capacidades para determinados atos jurídicos (tome-se p.ex. a emancipação do menor cfr. art. 132.º e 133.º CC, sendo certo que a idade núbil para casar é a partir dos 16 anos de idade, para ambos os sexos) – SOTTOMAYOR, Maria Clara, in *A noção da criança na lei e nas ciências sociais*, Boletim da Ordem dos Advogados, nº 127 (junho de 2015), Lisboa, 2015, p. 9.

iniciam a sua atividade laboral mais cedo – a partir dos dezasseis anos de idade, ao abrigo do art. 68.º n.º 1 e n.º 2 do CT, o menor poderá começar a trabalhar, sendo-lhe para isso reconhecida capacidade negocial para a celebração de contratos de trabalho válido, desde que tenha completado a escolaridade obrigatória⁴⁴ (salvo oposição escrita dos representantes legais – *ex vi* art.70.º, n.º 2 do CT).

Também o direito penal dispõe de limite diferente dos dezoito anos do código civil, a partir do qual um indivíduo deixa de ser criança e passa a ser responsabilizado pelos seus atos, ou seja, a partir do momento em que lhe são imputados factos penalmente relevantes. De facto, nos termos do art. 19.º do CP, os menores de dezasseis anos são inimputáveis⁴⁵, pelo que só estão sujeitas a responsabilidade penal os indivíduos que, no momento da prática do facto, tenham atingido os dezasseis anos. Não quer, contudo, com isto dizer-se que os menores deixam de ser objeto de tutela estadual, podendo andar à irreverência da sua delinquência. Porém, diferentes mecanismos são acionados, nomeadamente a nível da Lei Tutelar Educativa, orientados pelo interesse do menor e aplicável aos menores com idades compreendidas entre os doze⁴⁶ e os dezasseis anos, em prol de um *princípio de humanidade*⁴⁷, de modo a evitar-se, a todo o custo, a submissão de uma criança ou jovem às sanções mais graves previstas no ordenamento jurídico e os efeitos gravosos, a nível de personalidade do menor, consequentes da aplicação

⁴⁴ Todavia, cabe referir que o CT carece de revisão desde a subida da escolaridade obrigatória para os dezoito anos, por força da Lei n.º 85/2009, 27 de agosto, devendo eliminar-se o requisito da escolaridade obrigatória ou fazer coincidir a capacidade para celebrar contratos com a maioridade.

⁴⁵ É atendida a falta de um grau de maturidade biológica suficiente para o correto discernimento das suas ações. Só a partir do limite referido é que se considera que alguém pratica uma ação num estágio de desenvolvimento em que já lhe é dada a plena consciência da natureza própria das vivências que naquela se manifestam. Até lá, antes de alcançada a maturidade biológica refletida na idade, não pode formular-se um juízo de culpa – trata-se de uma inimputabilidade absoluta, pelo que não é necessário avaliar se o menor é incapaz de assimilar o carácter ilícito do facto que cometeu. Mesmo que tenha capacidade intelectual e volitiva, não responde criminalmente (neste sentido, LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SIMAS SANTOS, Manuel José Carrilho de, in *Código Penal anotado*, v.I (arts. 1.º a 130.º), 3ªed., Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2002, p. 259.

⁴⁶ Para os menores de doze anos que cometam factos penalmente relevantes, não estão previstas quaisquer medidas tutelares educativas, devendo ser acompanhado nos termos do regime assistencial vigente para menores em perigo – PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo de, in *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 107.

⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, in *Direito Penal: parte geral*, Tomo I – Parte Geral: Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.595.

de uma pena. São elas medidas tutelares educativas⁴⁸, visando a educação do menor para o direito e a sua inserção de forma digna e responsável na vida em comunidade.

Assim, parece que o ordenamento jurídico português estabelece dois limites máximos de idade para identificar o menor: um limite civilístico, fixado nos dezoito anos, e um limite penal fixado nos dezasseis anos⁴⁹, aparentando que o menor do ponto de vista da lei civil não significa o mesmo que o menor do ponto de vista da lei penal. No entanto, prevalece a ideia de que o menor é toda a criança/jovem que ainda não atingiu o seu décimo oitavo ano de vida.

⁴⁸ Em conformidade com a L. 166/99, 14 de setembro.

⁴⁹ Aponta LOPES, Manuela Baptista, in *Enquadramento jurídico-normativo dos direitos da criança em Portugal*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v.XC, tomo I (2014), Coimbra, 2014, p.332.

CAPÍTULO II

O MENOR NO DIREITO PENAL SEXUAL PORTUGUÊS

§4. Crimes contra liberdade e autodeterminação sexual

4.1. Os outrora crimes sexuais

Sendo nosso objetivo abordar a problemática dos crimes de natureza sexual, nomeadamente os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, cabe referir que estes nem sempre tiveram esta designação, nem o seu objeto de tutela foi o mesmo. Os atuais crimes que atentam contra a liberdade e autodeterminação sexual do indivíduo, aquando do primeiro Código Penal Português⁵⁰, designavam-se por *crimes sexuais*.

Encarados como incriminações contra a moralidade e bons costumes, estes não eram um meio de tutela da esfera individual do sujeito vitimizado, mas sim uma forma de visar a proteção do pudor público, honestidade ou virgindade. Integrados na Parte II – Livro Segundo, Título IV dos Crimes contra as Pessoas no Capítulo IV dos Crimes contra a Honestidade⁵¹, mesmo aquando da revisão de 1886, mantinham a particularidade de proteger tão somente a moralidade e pudor sexuais, criminalizando condutas meramente morais que ofendessem bens jurídicos fundamentais da comunidade, não contendo, portanto, um bem jurídico definido.

É com a reforma do Código Penal de 1982⁵² que se começa a desligar do conceito de crime contra a honestidade, sem, porém, deixar de se enquadrar os crimes sexuais num capítulo de crimes contra os fundamentos ético-sociais (arts. 201.º a 218.º), inserto no título dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade – vejam-se os conceitos de atentado ao pudor, ultraje público ao pudor⁵³ e o ultraje público ao pudor de outrem⁵⁴ – e até mesmo do exibicionismo, que não deixavam de recorrer a valorações morais, consagrando a ética e moralidade sexual

⁵⁰ Código Penal de 1852 (Decreto 10 de dezembro de 1852, confirmado pela Lei de 1 de julho de 1853).

⁵¹ Puniam-se, *e.g.*, crimes de atentado ao pudor, estupro, violação, rapto, ultraje à moralidade pública, ultraje público ao pudor, entre outros.

⁵² DL n.º 400/82, de 23 de setembro.

⁵³ Onde era tutelado o sentido geral comunitário de pudor ou moralidade sexual – ALFAIATE, Ana Rita, in *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 33.

⁵⁴ Que se consumava pela prática, contra outra pessoa, certa e determinada, de um ato contrário ao pudor ou moralidade sexual – *Ibidem*, p.33.

como elemento tipo⁵⁵. Ainda não se conseguia alcançar o cerne da questão: o bem jurídico da liberdade e autodeterminação sexual ainda não era atingido nesta fase, mantendo-se a tutela da moral social sexual.

4.2. Revisão Penal de 1995: o abandono dos crimes sexuais para o abraçar dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual

O momento significativo para o corte definitivo com as concepções morais dá-se com a Revisão do Código Penal em 1995⁵⁶: abandona-se a proteção dos valores morais e caminha-se contra a incriminação de condutas consideradas moralmente repreensíveis⁵⁷ – o que estava a ser protegido era o pudor sexual e a moral, ao invés da liberdade e autodeterminação sexual, sendo que, uma vez que o Direito Penal tutela exclusivamente bens jurídicos conectados a valores constitucionais, estas concepções morais não poderiam ser valoradas. Logo, não havendo um bem jurídico, não há intervenção penal e, neste seguimento, não havendo danos (mesmo que certas ações possam ser tidas como imorais), não há sanção, pelo que o Direito Penal deve ser alheio e expurgar aos crimes sexuais eventuais referências éticas que lhes possam estar associadas.

Surge, assim, o Capítulo V ⁵⁸ dos Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, que encerra com os crimes sobre a moral sexual e a vida em sociedade sob o triunfo dos crimes contra as pessoas – o bem jurídico liberdade, enquanto bem individual, sucede aos bons costumes. Afirmava FIGUEIREDO DIAS⁵⁹

⁵⁵ Aponta MOURAZ LOPES, José, in *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal – Revista e modificada de acordo com a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro*, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.14.

⁵⁶ DL n.º 48/95, de 15 de março.

⁵⁷ Já ROXIN, Claus apontava este sentido quando concebia a incompetência do legislador para castigar as condutas imorais que, apesar de contrárias aos valores éticos da sociedade, não representavam um perigo pelo que não eram lesivas de bens jurídicos – a moral não se traduz num bem jurídico. Afirmava ROXIN que “*Evitar condutas meramente imorais não constitui tarefa do direito penal. Isto significa que a apreciação jurídico-penal não depende de modo algum da questão, que a maioria das vezes é colocada em primeiro plano, de saber se uma determinada conduta é moralmente censurável em maior ou menor grau. O Estado tem de salvaguardar a ordem externa, mas não possui qualquer legitimidade para tutelar moralmente o particular*”, in *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 3ªed., Coleção Vega Universidade, 1998, p. 30.

⁵⁸ Capítulo dividido em três secções, sob as epígrafes de “*crimes contra a liberdade sexual*”; *crimes contra a autodeterminação sexual*” e “*disposições comuns*”, correspondendo respetivamente à secção I, II e III.

⁵⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, in *Reforma do Código Penal – Trabalhos preparatórios: Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias*, vol. III, Lisboa: Assembleia da República, Divisão de Edições, 1995, p.83.

que os crimes sexuais não eram crimes nem contra os costumes nem contra a honestidade, mas tão somente contra a liberdade sexual de escolha que cada indivíduo dispunha para atuar sexualmente, se assim o entendesse e quando quisesse, sendo, portanto, crimes contra pessoas, contra homens, mulheres e crianças. Esta ideia resulta, desde logo, do ponto sete do Preâmbulo do Código Penal, ao apontar a *“(...) deslocação dos crimes sexuais do capítulo relativo aos crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade para o título dos crimes contra as pessoas, onde constituem um capítulo autónomo, sob a epígrafe “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, abandonando-se a conceção moralista (“sentimentos gerais de moralidade”) em favor da liberdade e autodeterminação sexuais, bens eminentemente pessoais”*.

De acordo com o Relatório da Comissão⁶⁰ de preparação de Reforma do Código Penal, apenas quando a liberdade pessoal de alguém for lesada, é que deverá haver uma criminalização da conduta. E, por esta liberdade pessoal, entende-se que apenas relevarão as condutas que, num contexto sexual, atentem contra a esfera de outrem, devido à ausência de consentimento por parte da vítima. É face a esta carência de anuência para o ato sexual que se configura a violação do bem jurídico da liberdade sexual. Bem jurídico este que, na sua base, encontra reconhecimento constitucional no princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à liberdade que cada indivíduo tem. Desta forma, tutela-se um bem exclusivamente individual, intransponível e intransmissível – é o fim da proteção de bens supra-individuais. *“O ofendido – ele próprio – passou a ser visto como o titular dos interesses que a lei quis proteger com as incriminações”*⁶¹.

⁶⁰ In *Reforma do Código Penal – Trabalhos preparatórios: Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias*, vol. I, Lisboa: Assembleia da República, Divisão de Edições, 1995, p.140 e ss.

⁶¹ ANTUNES, Maria João, in *Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores*, Julgar, n.º 12 – Especial (setembro-dezembro 2010), 2010, p. 154.

4.3. O novo bem jurídico: liberdade e autodeterminação sexual

Ora, a aceitação da ideia de impossibilidade de o Direito Penal poder legislar em nome da moralidade conduz-nos tanto à tutela da liberdade sexual como da autodeterminação sexual, distinção importante que cabe aqui realizar.

Relativamente à primeira categoria de crimes *supra* referida (arts. 163.º a 170.º do CP), pretende-se punir comportamentos que atentem contra o direito que cada pessoa tem a decidir, livremente, sobre a sua vida e sobre as suas práticas e orientações sexuais – criminalizam-se condutas que atentem seriamente contra essa liberdade da vontade do sujeito, através da indução a erro, coação, aproveitamento de incapacidade do sujeito dar consentimento ou mediante desprezo da vontade do mesmo.

Já nos crimes de autodeterminação sexual (arts. 171.º a 178.º do CP, Secção II), o objetivo das previsões legais não é apenas proteger um padrão de comportamentos sexuais ou uma classe de indivíduos em particular, mas tão só tutelar *uma vontade individual ainda insuficientemente desenvolvida e apenas parcialmente autónoma dos abusos que sobre ela executa um agente, aproveitando-se da imaturidade do jovem para a realização de ações sexuais bilaterais*⁶² numa fase em que o mesmo não dispõe de discernimento nem tem noção do que está a acontecer ou da violação de direitos que o está a atingir. No caso de menores, mesmo com o consentimento destes, não é de excluir de imediato a ilicitude do crime em causa pois, neste tipo de crimes, encontra-se o direito ao harmonioso desenvolvimento da personalidade do menor e a sua anuência nem sempre é baseada em conhecimentos reais do acontecimento⁶³.

Em regra, uma criança não tem o discernimento suficiente para avaliar uma situação corretamente, muito menos quanto a assuntos de esfera sexual. Este

⁶² NATSCHERADETZ, Karl, in *O direito penal sexual: conteúdo e limites*, Coimbra: Livraria Almedina, 1985, p. 153.

⁶³ Veja-se o Acórdão do STJ de 22 de maio de 2013 (Processo n.º 93/09.5TAABT.E1.S1) que dita que “o consentimento da vítima não possui virtualidade para eximir o agente da responsabilidade criminal, por a lei partir do pressuposto, próximo de constatação natural, por regra, salvo os casos de aquisição da consciência sexual mais cedo, de que o menor vítima daqueles atos não possui o desenvolvimento psicológico suficiente para compreender as consequências, por vezes graves (é o que se chama «inocentia consilii»), deles emergentes, podendo prejudicar gravemente o desenvolvimento da sua personalidade física e psíquica, no aspeto do livre desenvolvimento da personalidade na esfera sexual. É benéfico que o processo de desenvolvimento da liberdade sexual das crianças se exercite de forma sadia, sem pressas ou sobressaltos, de risco incontável (...).” Disponível em www.dgsi.pt.

exercício de ponderação é deficitário, em função das características próprias da idade, daí a tutela do desenvolvimento da personalidade no domínio sexual: o menor é merecedor de um gradual e livre crescimento sem perturbações físicas e psicológicas, sem ser forçado a crescer mais rápido devido a riscos, traumas e choques psicológicos impostos por terceiros que, mesmo sem coação, prejudicam o livre desenvolvimento da sua personalidade⁶⁴.

Para tal e no seguimento do entendimento de ANA RITA ALFAIATE⁶⁵, deverão ser estas as normas aplicadas a menores, recorrendo apenas, subsidiariamente, a disposições relativas a crimes contra a liberdade sexual quando, à conduta do agente, não se consigam sobrepor as normas criadas para o efeito.

Contudo, cabe salvaguardar que esta distinção e divisão de secções no Capítulo V não decorre, necessariamente, da existência de bens jurídicos diferentes a serem tutelados consoante a vítima seja um menor ou não: o bem jurídico protegido é, em ambas as secções, a liberdade e a autodeterminação sexual. Todo este capítulo é *“dominado pelo bem jurídico da liberdade e autodeterminação sexual, como parte integrante importante do direito geral de personalidade, decorrente da eminente dignidade humana e estreitamente ligado, de formas várias, à identidade intelectual, moral e social de cada pessoa”*⁶⁶.

4.4. O ato sexual de relevo

Nesta corrente da Revisão de 1995, aponta FIGUEIREDO DIAS ⁶⁷ que não seria crime uma qualquer atividade sexual (independentemente da espécie de ato) praticada por adultos, em privado, e com consentimento. É pela falta de respeito aos direitos e liberdades de terceiros (que desde sempre existiu), que se tipificam

⁶⁴ Cfr. citação do Acórdão do STJ de 10 de outubro de 2012 (Processo n.º 617/08.5PALGS.E2.S1), também Cristina Soeiro vai neste sentido ao defender que a criança ainda não é capaz, de prestar um consentimento informado perante tais atos que violam a lei, devido ao seu estágio de desenvolvimento. Referindo-se, no caso concreto, ao abuso sexual, mas aplicável de modo geral, vem a Autora dizer que este tipo de crime *“configura uma relação que tem por base um diferencial de poder entre um adulto e uma criança, que devido à sua imaturidade é incapaz de se autodeterminar e cuja prática deixa, por vezes, irremediáveis sequelas com repercussão pessoal, familiar e de integração social”*. Disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁵ In *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores* (...), op. cit., p. 36.

⁶⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I – artigos 131.º a 201.º, 2ª edição; Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 712.

⁶⁷ In *Código Penal – Actas e Projeto da Comissão de Revisão*, Ata n.º 24 – Vimeiro, dias 17, 18 e 19 de março de 1990, Ministério da Justiça, Lisboa: Rei dos Livros Editor, 1993, pp.246 e 247.

crimes que atentem contra a liberdade e autodeterminação sexual de cada um de nós, recorrendo-se à imposição de um princípio importante na área dos crimes sexuais que vem delimitar ainda mais a intervenção do Direito Penal, por motivos sociais e éticos: a expressão *atentado ao pudor* deixa de ser usada devido ao seu relacionamento com a moral sexual, adotando-se a expressão *ato sexual de relevo*⁶⁸. É limitada a punição, destinando-se somente a atos aptos à violação daquele novo bem jurídico, na medida em que sejam ações importantes e graves.

Apesar do elenco de alguns atos como “atos sexuais de relevo”, a nossa lei é omissa quanto à definição do que seja ato sexual e quanto à parametrização da sua relevância para fins jurídico-penais. Na tentativa de não cair na repetição de erros antigos, o legislador não pretendeu recorrer a concepções moralistas nem especificar o que seria um ato sexual de relevo, afirmando-se somente perante condutas sexuais que ofendam bens jurídicos fundamentais das pessoas, no que concerne à sua livre expressão do sexo. Por consequência, este conceito indeterminado deu azo a algumas dificuldades interpretativas da letra da lei, não se podendo estabelecer parâmetros exatos para enquadrar as condutas sexuais. Apesar de se assumir que se tratam de atos de natureza, conteúdo ou significado sexual que contendem gravemente com a liberdade e autodeterminação sexual, em bom rigor, para efeitos penais, a dificuldade começa logo por saber o que se entende por um ato sexual e o que se poderá contemplar neste campo. A questão não é pacífica.

Desde logo, uma interpretação objetivista do conceito, avaliava-o através de condutas que revelassem uma conexão com a sexualidade, mas sem a imposição de demonstração de intenção libidínica do agente. São atos que assumem “*uma natureza, um conteúdo ou um significado diretamente relacionados com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou o pratica*”⁶⁹, afastando-se de sentimentos de pudor e concepções morais sexuais⁷⁰.

⁶⁸ Relativamente ao regime de outros ordenamentos jurídicos, nomeadamente quanto ao Código Penal Suíço, Código Penal Francês, Código Penal Espanhol, Código Penal Italiano e Código Penal Brasileiro, ver breve exposição de MOURAZ LOPES in *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal (...)*, op. cit., pp.26-28.

⁶⁹ FIGUEIREDO DIAS, in *Comentário Conimbricense do Código Penal (...)*, op. cit., pp. 718 e 719.

⁷⁰ No mesmo sentido PINTO DE ALBUQUERQUE in *Comentário do Código Penal (...)*, op. cit., p. 501; LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS in *Código Penal anotado (...)*, op. cit., p. 368; MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO, in *Código Penal: parte geral e parte especial – Com notas e comentários*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 682; ANA RITA ALFAIATE, in *A relevância penal da sexualidade dos*

Em contraposição, enquadrar um ato sexual mediante uma perspetiva subjetiva, implicava a averiguação da intenção lasciva do agente em que, além da relação com o sexo (relação objetiva), houvesse por parte do agente a intenção de satisfazer os desejos sexuais, requerendo-se esta intenção como elemento necessário do conceito.⁷¹ O principal objetivo que se pretendia alcançar com esta exigência era o afastamento de situações dúbias como, p.ex., o caso de exames médicos no corpo do paciente – apesar dos fins curativos, este aproveita-se para se excitar.⁷²

De todo o modo, há ainda a limitação do tipo do ilícito pela classificação *de relevo*. O direito criminal, como *ultima ratio*, implica que só relativamente a atos gravosos, de grande importância, é que seja tutelada a liberdade sexual. MAIA GONÇALVES⁷³ aponta alguns exemplos como o coito oral e a masturbação, não incluindo beliscões ou beijos⁷⁴.

Igualmente FIGUEIREDO DIAS⁷⁵ acompanha este entendimento ao indicar a imposição da lei para o afastamento da tipicidade de atos *insignificantes ou bagatelares*, i.e., quando os atos não representem um grave entrave na liberdade de determinação sexual da vítima – o bem jurídico protegido a ser pesado nesta

menores, Coimbra Editora, 2009, p. 37; NATSCHERADETZ, in *O Direito penal sexual (...)*, op. cit., p. 135, *maxime*, a nota de rodapé n.º 155; SÉNIO ALVES *Crimes Sexuais – Notas e comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 11; e ainda a nível de jurisprudência o Acórdão do STJ de 12 de julho de 2005 (Processo n.º 05P2442) que retrata em especial a discussão quanto ao assunto em apreço de forma muito completa, abraçando também esta corrente; Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13 de janeiro de 2016 (Processo n.º 53/13.1GESRT.C1) e de 02 de março de 2014 (Processo n.º 347/08.8JACBR.C1); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de maio de 2014 (Processo n.º 362/09.4GDSNT.L1-9), disponíveis em www.dgsi.pt.

⁷¹ MAIA GONÇALVES, in *Código Penal Português Anotado – anotado e comentado – legislação complementar*, 18ª ed., Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 624.

⁷² Sob pena de erro de um tratamento incorreto, arriscamos identificar esta corrente como minoritária no nosso ordenamento jurídico, face à doutrina citada que não é, de todo, exaustiva. A nível jurisprudencial, veja-se o Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra de 18 de março de 2015 (Processo n.º 833/12.8JACBR.C1 – disponível em www.dgsi.pt) que parece ir neste sentido de exigir a intenção libidinosa na conduta do agente.

⁷³ In *Código Penal Português Anotado (...)*, op. cit., p.624 e ss.

⁷⁴ *Ibidem*. Maia Gonçalves exceciona a exclusão dos mesmos apenas em casos extremos em que existam intuítos sexuais atentatórios da autodeterminação sexual. Ainda a título de exemplo, também FIGUEIREDO DIAS in *Comentário Conimbricense do Código Penal (...)*, op. cit., p.720, ilustra que um simples beijo – ou até mesmo a sua tentativa – ou um toque nas pernas ou nádegas de terceiro, não integrarão, em princípio, o conceito de ato sexual de relevo (em alternativa, poderá eventualmente ser punido pelo crime de importunação sexual ao abrigo do art. 170.º do CP). História diferente será o “beijo lingual”, a “carícia insistente” ou “apalpão” que pelo nível mais ofensivo que acarretam, poderão ser valorados.) *Idem*, MOURAZ LOPES in *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal (...)*, op. cit., p. 29.

⁷⁵ In FIGUEIREDO DIAS, Jorge, in *Comentário Conimbricense do Código Penal (...)*, op. cit., p.720.

quantificação -, não deverão ser relevantes para a averiguação do ato. *“É, pois, o grau de perigosidade da ação para o bem jurídico que – em função da sua espécie, intensidade ou duração – assume neste contexto valor decisivo. Com o que ficam excluídos do tipo atos que, embora “pesados” ou em si pessoal e socialmente “significantes” por impróprios, desonestos, de mau gosto ou despudorados, todavia, pela sua pequena quantidade, ocasionalidade ou instantaneidade, não entravam de forma significativa a livre determinação sexual da vítima”.*

Também SÉNIO ALVES⁷⁶ chama ainda a atenção para o critério de avaliação de modo a que a relevância da ação seja apreciada numa perspetiva de homem médio, e não necessariamente do ponto de vista da vítima, quando certos comportamentos destinados à libertação e satisfação de impulsos sexuais ofendam, *“em grau elevado, o sentimento da timidez e vergonha comum à generalidade das pessoas”.*

Não parece, no entanto, ser exigível o contacto direto entre a vítima e o agente da prática do facto. Exemplifica, em acréscimo, MAIA GONÇALVES⁷⁷ que atos de introdução de objetos⁷⁸, bem como ações como ejacular ou urinar sobre a vítima, poderão ser classificados como relevantemente lesivos, incluindo-se também o permanecer nu perante a vítima, tudo dependendo das circunstâncias em que esses mesmos comportamentos tenham lugar. Relativamente a este último ponto relacionado com a nudez, MAIA GONÇALVES apenas aponta o despir do agressor, importunando a vítima. No entanto, achamos oportuno incluir no conceito não só os

⁷⁶ In *Crimes Sexuais (...)*, op. cit., p. 11.

⁷⁷ In *Código Penal Português Anotado (...)*, op. cit., p. 625.

Também neste sentido, o Autor cita um excerto de Jurisprudência do STJ, em específico o Acórdão de 20 de outubro de 1996, dizendo: *“Constitui ato sexual de relevo todo o comportamento destinado à libertação e satisfação dos impulsos sexuais (ainda que não comporte o envolvimento dos órgãos genitais de qualquer dos intervenientes), que ofenda, em grau elevado, o sentimento de timidez e vergonha comum à generalidade das pessoas”*, cfr. p. 627. Para mais, pp. 627 e 628. Atente-se ainda a jurisprudência mais recente, como por exemplo o Acórdão do STJ de 09 de setembro de 2015 (Processo n.º 11/14.9GCRMZ.E, disponível em www.dgsi.pt) que continua a fundamentar as suas decisões mediante a mesma conceção *supra* referida.

⁷⁸ Anteriormente, até à Reforma Penal de 2007, a “introdução de objetos” apenas era considerada um crime que atentava contra a liberdade sexual quando o objeto em causa revestisse uma natureza sexual (v.g. vibradores), previsto para a prática de atos sexuais ou fosse utilizado em condições de envolvimento sexual. Fora destes casos, toda a violação mediante a penetração de outros objetivos apenas seria passível de punição mediante o crime de ofensas corporais qualificadas. Atualmente, qualquer objeto, *no sentido de coisa material que pode ser percebida pelos sentidos, pode consubstanciar uma forma típica da prática do crime*. In MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal (...)*, op. cit., pp. 46 e 47. Para mais desenvolvimentos quanto a penetração de objetos e de partes do corpo, ainda MOURAZ LOPES, *Ibidem*, p. 45-48.

casos de nudez do agressor como também os casos em que é a própria vítima que fica nua perante o contemplar (e imposição) do agente – veja-se o comentário de LEAL-HENRIQUES e SIMAS DE SANTOS⁷⁹ que, ao incluírem nesta noção de ato sexual de relevo, a masturbação e os beijos em zonas erógenas do corpo, não deixam esquecer os casos de desnudação da vítima e o consequente constrangimento em manter-se despida, para a satisfação dos desejos eróticos do agressor.

Acrescentamos ainda que há Autores que, relativamente aos atos sexuais de relevo, assentam ainda mais a sua importância através da divisão de alguns tipos de crimes e classificando-os como atos sexuais de relevo *qualificado*. Argumentando pela ainda maior gravidade que representam perante os atos sexuais de relevo *simples*, nesta categoria são tratados como qualificados a “cópula”, o “coito anal”, o “coito oral” e a “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”, aceitando o conceito ato sexual de relevo *simples* para os restantes crimes sexuais⁸⁰.

Contudo, não acompanharemos esta distinção, assumindo por fim que o ato sexual de relevo será, de uma forma objetiva e imune a concepções moralistas, todo aquele que assuma uma natureza, um conteúdo ou um significado diretamente relacionado com o campo da sexualidade e com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou pratica, munido de tal gravidade e intensidade, que será capaz de afetar a vítima de forma significativa, sem exigir, do agente violador, uma intenção ou motivação específica. Citando a Autora INÊS FERREIRA LEITE⁸¹, “*de um ponto de vista da lesão do bem jurídico liberdade sexual, parece-nos pouco relevante saber se o agente pretendia satisfazer os seus instintos sexuais, os de terceiro, humilhar a vítima, castigá-la, fazer um filme, etc. (...) A tipicidade só estará verificada se houver dolo por parte do agente. Para que haja crime não será necessário que o agente tenha uma intencionalidade específica, mas que tenha dolo de agressão sexual, ou seja, tenha consciência e vontade dirigidas a todos os elementos objetivos do tipo*”.

⁷⁹ In *Código Penal anotado*, v. I (...), *op.cit.*, p. 368.

⁸⁰ MARIA DO CARMO DIAS atenta, em específico, aos crimes de abuso sexual de crianças (art. 171.º, n.º 2 do CP), de atos sexuais com adolescentes (art. 173.º, n.º 2 do CP) e ao ato de “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos” como “*circunstância qualificativa, ao lado da cópula e coitos anal e oral (tratam-se de atos sexuais de relevo qualificados, que são equiparados e merecem agravamento de sanções)*”. In *Notas substantivas sobre crimes sexuais com vítimas menores de idade*, Revista do CEJ – 1º semestre 2011, n.º 15, Almedina, 2011, p. 224.

⁸¹ In *Pedofilia – Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*, Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 77.

4.5. Restantes alterações ao Código Penal

A partir de 1995 ocorreram ainda importantes alterações ao elenco de crimes sexuais, no entanto, nenhuma delas voltava a reformular de fundo a estrutura e a punição dos crimes como conhecemos hoje, ocorrendo apenas alterações ao nível de previsão de certo tipo de condutas incriminatórias. Vejamos.

Com a revisão de 1998, alteram-se algumas disposições, nomeadamente quanto a esta área dos crimes de natureza sexual e introduziu-se um novo ato sexual de relevo, o coito oral, passando também a punir-se o comportamento que exhibisse ou cedesse, a qualquer tipo ou por qualquer meio, fotografia, filme ou gravação pornográficos em que se envolvesse menor de catorze anos.

Em agosto de 2001⁸², ocorre outra modificação ao Código Penal que, apesar de não afetar significativamente a sistematização dos crimes em questão, vem acrescentar ao crime de pornografia com menores a punição da detenção de materiais pornográficos que revelem a intenção de os exhibir ou ceder. Nesta linha, alteram-se os sentidos de alguns dos tipos de crimes sexuais contra menores, vejamos, à data, os arts. 172.º, n.º 3-e) e 4; 176.º, n.º 2 e 3; 178.º, n.º 1, als. a) e b) e nºs 2, 3 e 4. Este alargamento surge em resultado da evolução que se começa a sentir nos meios tecnológicos – a circulação de imagens e vídeos de abusos sexuais atinge um alcance significativo mediante os sistemas informáticos – bem como de recomendações Europeias, que começam a dedicar-se mais à tutela de menores perante o grande crescimento de crimes sexuais, em especial, com menores.

Em 2007, com a Lei nº 59/2007, de 4 de setembro⁸³, ocorre uma alteração muito significativa que abrange novas incriminações e, em especial, a individualização do crime que nos irá ocupar este estudo, a pornografia de menores – art. 176.º – que, até este momento, apenas se previa no antigo art. 172.º, n.º 3 e 4,

⁸² Lei n.º 99/2001, de 25 de agosto.

⁸³ Em virtude da Decisão-Quadro 2004/68/JAI, de 22 de dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil.

enquanto uma modalidade do crime de abuso sexual⁸⁴ ⁸⁵. Por outro lado, altera-se também a natureza de todos os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores: caracterizam-se agora pela natureza pública⁸⁶ ⁸⁷, dispensando-se a necessidade de queixa e abrindo margem para perseguição de justiça por parte de menores indefesos, podendo qualquer pessoa denunciar o crime – é, agora, um crime público.

Relativamente à Reforma de 2013⁸⁸, esta, apesar de ter tido bastante relevância a nível estrutural, no que respeita aos crimes sexuais e do menor, tema que ocupa o nosso estudo, não teve grandes alterações, pelo que não nos iremos alongar com este assunto.

Já a mais recente reforma ao nosso Código Penal, em 2015 com a Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, face ao domínio da criminalidade sexual, procurou intervir e abranger um maior leque de situações relativamente ao crime de coação sexual, através da eliminação de pressupostos punitivos e, por outro lado, no que concerne ao crime de importunação sexual, procurou ampliar o tipo, incluindo na sua incriminação o “piropo”. Também no âmbito dos crimes do Capítulo V, em especial dos crimes contra a autodeterminação sexual, procurou-se intensificar a punição, mediante endurecimento punitivo, e criaram-se novos tipos legais. Em especial, no crime de pornografia de menores, ocorreram importantes inovações, tais como o

⁸⁴ Em relação à anterior previsão, o art. 176.º do CP apresenta as seguintes alterações: (i) ampliação do crime, passando a reportar-se a todos os menores, e não só a menores de 14 anos; (ii) agravamento de penas; (iii) punição da tentativa e; (iv) incriminação das condutas previstas nos n.ºs 3 e 4 uma vez que, apesar de já terem sido previstas no regime anterior, só se punia quando houvesse o objetivo de exhibir ou ceder os materiais pornográficos. Tema a desenvolver adiante.

⁸⁵ É também em virtude de respeito das propostas (e de algumas imposições) das Decisões-Quadro da UE que o Direito Penal Português reformula os tipos de crime, com a intenção de reforçar a tutela dos menores.

⁸⁶ Da nossa perspetiva, a natureza pública traduz-se num maior compromisso de tutela da sociedade para com os menores-vítimas destes crimes. Atendendo à grande dificuldade que muitos sentem em conseguir denunciar os crimes, em especial, quando praticados em contexto intra-familiar, pode agora qualquer um dar voz aos traumas do menor indefeso e perseguir o agente violador para proteção daquele. No entanto, aponta ANA RITA ALFAIATE (in *A relevância penal (...), op. cit.*, pp. 42-67) que é uma questão discutida na doutrina pois atenta-se com a liberdade de decisão do menor ofendido uma vez que se veda a hipótese de escolher entre a “a perseguição penal do agente e a convivência anónima com a agressão não denunciada”. Como solução mais equilibrada, a Autora entende que o crime deveria revestir uma natureza semi-pública “combinada com exceções de intervenção atípica do Ministério Público, sempre que o interesse da vítima o justificasse e com a possibilidade de esta, completando os dezasseis anos, ainda se queixar”.

⁸⁷ Embora o Ministério Público possa continuar a decidir-se pela suspensão provisória do processo, tendo em conta o interesse da vítima. Aos condenados pela prática destes crimes passou ainda a ser aplicável a pena acessória de proibição do exercício de profissão, função ou atividade que implique ter menores sob a sua responsabilidade, educação, tratamento ou vigilância.

⁸⁸ Lei n.º 19/2013, de 21 de fevereiro.

atual n.º 3 do art. 176.º que torna o crime qualificado quando as condutas previstas nas als. a) e b) do 176.º, n.º 1, forem realizadas mediante o recurso a *violência ou ameaça grave*. Também quanto à detenção e aquisição de pornografia, é igualmente punido quem obtiver ou facilitar o acesso por sistema informático, ou qualquer outro meio, de materiais pornográficos (adequação decorrente da Lei do Cibercrime) – cfr. art. 176.º, n.º 5 do CP – e ainda, é punido quem assista ou facilite o acesso a espetáculo pornográfico que recorra a menores de 16 anos para nele participarem. Estas alterações espelham uma atualização da tipificação da pornografia infantil, tendo o legislador procurado ir ao encontro da tutela da criança face às dificuldades que vão surgindo com o evoluir das tecnologias.

Verifica-se que caminhamos para um Direito Penal que não deve ser um limite da liberdade sexual, mas sim um garante desta mesma liberdade que há de partir do reconhecimento da plena autonomia e da livre determinação pessoal em matéria sexual, pautando a sua intervenção pelos princípios da necessidade ou dignidade penal e conduzindo também à não criminalização de condutas meramente imorais que não ofendam bens jurídicos fundamentais.

§5. Tipos de crimes sexuais que afetam o menor

Os conceitos de criança, adolescente e jovem são habitualmente usados como sinónimos pela doutrina. Porém, no Direito Penal, o Código Penal parece aplicar uma noção de criança de uma forma mais restrita, optando por referir-se a crimes sexuais contra menores ao invés de crimes sexuais contra crianças e jovens. Entenda-se que a lei penal tenta ir ao encontro da proteção dos vários estádios de desenvolvimento biológico e psicológico do menor e atender à sua maturidade e capacidade intelectual. Com efeito, a proteção penal vai diminuindo à medida da evolução do menor, pelo que o Código Penal recorre a escalões etários da vítima para avaliar as condutas, estabelecendo três escalões etários distintos: até aos 14 anos (cfr. arts. 171.º e 177.º, n.º 6); entre os 14 e os 16 anos (cfr. arts. 173.º e 177.º, n.º 5) e entre os 14 e os 18 anos de idade (cfr. arts. 172.º e 174.º).

No entendimento de ANA RITA ALFAIATE⁸⁹, no Código Penal de 1852, até aos 16 anos de idade era concebida uma proteção quase absoluta do ofendido menor, vítima de um crime sexual, graças à falta de capacidade para compreender a medida e o alcance dos seus atos, bem como à irrelevância do consentimento⁹⁰ prestado. Já o bem jurídico nestas incriminações prendia-se a valores como a moral pública, honestidade, pudor ou virgindade (como já referido *supra*), estando sobreposta à vontade individual da vítima as preocupações da comunidade. Todavia, tal como já *supra* referido, a reforma de 1995 vem modificar o bem jurídico tutelado, despindo-se de conceções morais para assumir um bem individual – a liberdade e autodeterminação sexual de cada um.

Já dizia TERESA PIZARRO BELEZA, aquando do comentário à revisão do Código Penal de 1995, que se protegia tanto a *liberdade de se relacionar sexualmente ou não e com quem, para os adultos; liberdade de crescer na relativa inocência até se atingir a idade da razão para aí se poder exercer plenamente aquela liberdade*⁹¹. Também FERNANDO JOÃO FERREIRA RAMOS⁹² aponta que a liberdade sexual deve ser entendida não só como liberdade para dispor livremente do sexo e do próprio corpo, bem como uma liberdade traduzida no direito a não suportar, por força de outrem, a realização de atos de natureza sexual contra a sua vontade. E é aqui, especialmente no campo de atos sexuais com menores, que se verificam estas duas perspetivas de tutela de liberdade sexual uma vez que estes não têm sequer o discernimento para avaliar se querem, ou não, participar na prática desse tipo de atos.

Os crimes relativamente a menores, não encontram essa divisão específica, ou seja, não se encontram expressamente tipificados no Código Penal num capítulo exclusivo a atos sexuais praticados contra menores. No entanto, essa aceção é feita na medida em que nos crimes contra a autodeterminação sexual coloca-se em causa

⁸⁹ In *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores (...)*, op. cit., p. 18 e ss.

⁹⁰ Aceitava-se que até aos 16 anos o menor não dispunha de discernimento suficiente para consentir, pelo que não relevava qualquer consentimento que prestasse.

⁹¹ BELEZA, Teresa Pizarro, in *A revisão da Parte Especial na reforma do Código Penal: legitimação, reequilíbrio, privatização, «individualismo»*, Jornadas sobre a revisão do Código Penal – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Org. Maria Fernanda Palma e Teresa Pizarro Beleza, Lisboa: AAFDL Editora, 1998, p.110 e 111.

⁹² In *Os crimes sexuais no projeto de revisão do Código Penal de 1982*, Revista de Ciência Criminal, Ano 3, v. 1, jan-mar 1993, Aequitas Editora, p.54.

a formação de uma decisão ainda insuficientemente desenvolvida – a consciência para o ponderado e válido consentimento é deficiente – através do aproveitamento da imaturidade da vítima. Indiretamente há que ser reconhecido o direito à sexualidade como direito a tutelar, no âmbito da liberdade individual e de acordo com os estágios evolutivos do desenvolvimento do ser humano.

E este direito de tutela contra a violência sexual pode verificar-se tanto a nível individual como a nível alargado, sendo que no primeiro cenário se englobam os casos do abuso propriamente dito, ou seja, situações em que o menor é cativado e coagido – ainda que sem violência física – a manter contactos de natureza sexual com pessoas consideradas próximas. Já no segundo caso, quando se pretende proteger a criança das agressões no mundo sexual a um nível mais abrangente, o intuito é lutar contra as violações de dimensão mais alargada e de nível comercial, que visam a obtenção do lucro, tais como a prostituição forçada de crianças, a escravatura sexual, a encenação em espetáculos de teor sexual e a pornografia infantil⁹³. Atentando à forma como este tipo de ações pode atentar o menor, cabe distinguir os atos sexuais na vítima (quando o agente constrange outra pessoa a sofrer ou praticar consigo ato sexual de relevo); atos sexuais da vítima num terceiro (o agente leva a vítima a praticar ato sexual com outra pessoa) e, por fim, atos sexuais do agente perante a vítima (não há um contacto direto com a vítima, mas o agente pratica atos lascivos perante a vítima)⁹⁴.

Debruçando-nos na Secção II do Capítulo V, e sem querer com isto dizer que os crimes contra a liberdade sexual não possam também ser praticados contra crianças, os ilícitos que atentam contra a autodeterminação sexual dos menores são os que se referem de seguida.

Apresentando o primeiro crime tipificado nesta secção, o abuso sexual de menores encontra-se previsto no art. 171.^o do CP e criminaliza os casos em que alguém pratica (ou leva-o a praticar com outrem) atos sexuais de relevo, contra (ou em) menor de 14 anos de idade⁹⁵, bem como quando o importuna sexualmente; atua

⁹³ MONACO, Gustavo Ferraz de Campo, in *A Declaração Universal dos direitos da criança (...)*, op. cit., p. 154.

⁹⁴ MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO in *Código Penal (...)*, op. cit., p. 683.

⁹⁵ A razão de ser de o limite etário se estabelecer nos 14 anos de idade pretende-se ao entendido da idade da fronteira entre a fase da infância para a adolescência (MOURAZ LOPES, “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação (...)”, op. cit., p. 115).

por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objetos pornográficos; e quando o alicia⁹⁶ a assistir a abusos ou atividades sexuais. Verifica-se uma violação do supremo direito da criança à integridade física e moral e ao seu desenvolvimento físico, afetivo e social, com o grande risco de gerar no infante *“consequências extremamente graves para o desenvolvimento psíquico, afetivo, social e sexual do adolescente, principalmente quando há uma diferença de idades significativa entre este e o agente”*⁹⁷. Face a esta grave extrapolação da vontade do menor ou abuso de inexperiência, a lei prevê uma proteção absoluta aos menores de 14 anos de idade, mediante a proteção da formação destes, no campo da esfera sexual, uma vez que ainda não dispõem de autonomia suficiente em relação a condutas abusivas e carácter sexual por parte de adultos.

No seguimento deste, retrata o art. 172.^o do CP os mesmos atos, mas acresce agora a quebra de segurança dos menores que se encontram numa relação de dependência com o abusador, ou seja, aqui, o agente além de se aproveitar da ingenuidade e impotência defensiva do menor, aproveita-se e abusa da confiança que tinha com este. Neste tipo de crime parte-se da especial necessidade de proteção do menor relativamente à pessoa de quem depende – ou a quem foi confiado – para criminalizar condutas que violem a confiança do menor depositada na figura que, supostamente, o protegeria, sem a necessidade de prova de que o agente beneficiou da sua posição (decorre da relação de dependência da vítima perante ele), bastando a existência dessa relação para pressupor o abuso que interfere na autodeterminação sexual do menor. Esta relação de dependência está direcionada para os casos de abuso por parte dos progenitores. No entanto, atendendo à parte do preceito que engloba os casos a quem o menor *“tenha sido confiado para educação ou assistência”*, abrange também outras situações que se encontrem em relação de dependência, como v.g. os adotantes, tutores, padrastos/madrastas⁹⁸.

⁹⁶ Segundo a anotação de ANDRÉ LAMAS LEITE, a forma de aliciamento do menor não confere nenhuma exigência, podendo ser tanto de cariz económico como qualquer outro. In *As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas*, Julgar, n.º 28 (janeiro-abril 2016), 2016, p. 66.

⁹⁷ PACHECO, Maria Beatriz de Castro Tavares Monteiro, in *O crime de atos sexuais com adolescentes – Reflexões críticas em torno do conceito de abuso da inexperiência da vítima*, Dissertação de tese de Mestrado em Direito Criminal, Universidade Católica Portuguesa, 2012, p. 28.

⁹⁸ Poderá pensar-se se será de inserir nesta categoria os companheiros dos progenitores pois, neste último caso, apesar de não lhes ter sido concedido oficialmente o poder de educação e assistência, acabam por estar ligados numa relação de proximidade – e quiçá de dependência -, detendo de facto uma relação e

Relativamente ao art. 173.º do CP, apresenta hoje uma proteção do jovem adolescente, com idade compreendida entre os 14 e 16 anos, muito diferente da sua génese. Antes da reforma de 2007, o ex-art. 175.º do CP retratava, num tema muito controverso, os atos homossexuais com adolescentes⁹⁹. Hoje ultrapassado, pretende-se combater os atos sexuais de relevo praticados por pessoa maior – de qualquer sexo – com jovens maiores de 14 anos de idade (mas menores de 16), que abusam da sua inexperiência (e, consequentemente, da sua menor força de resistência). Esta inexperiência pauta-se pela falta de conhecimento “básico” de um adolescente sobre a sua vida sexual e pela incapacidade de articular um juízo sobre essa atividade e as suas consequências, levando-se em consideração o nível de maturidade, o grau educacional e a condição psíquica da vítima, enquanto critérios avaliadores da inexperiência¹⁰⁰.

Sem correspondência a versões anteriores, o crime de *Recurso à prostituição de menores*, previsto no art. 174.º do CP, oriundo de obrigações internacionais¹⁰¹ assumidas por Portugal para combater a criminalidade sexual contra menores,

autoridade semelhante à de um padrasto/madrasta. É uma discussão na qual não iremos mergulhar o nosso estudo, mas julgamos ir ao encontro da integração dos indivíduos que ocupam esta qualidade, devido ao papel e presença que desempenham no lar do qual o menor depende.

⁹⁹ Sem nos querermos alargar sobre o tema, o “homossexualismo com adolescentes” foi eliminado do ordenamento jurídico português aquando a pronúncia pela inconstitucionalidade da norma pelo Tribunal Constitucional (Acórdão do TC n.º 247/2005), por força dos arts. 13.º, n.º 2 e 26.º, n.º 1 da CRP. “*Julgou inconstitucional o anterior art. 175.º, na parte em que pune a prática de atos homossexuais com adolescentes, mesmo que se não verifique, por parte do agente, abuso de inexperiência da vítima, completada pelo Acórdão do TC n.º 351/2005, que julgou inconstitucional a mesma norma na parte em que a categoria de atos homossexuais de relevo inclui atos sexuais que não são punidos nos termos do 174.º CP*” (PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal (...), op. cit.*, p. 535)

¹⁰⁰ Ainda quanto à previsão da *inexperiência*, caso o jovem já tenha tido experiência sexual ou conhecimento prático, esta condicionante é afastada do âmbito de proteção da norma. Neste sentido, PINTO DE ALBUQUERQUE, in *Comentário do Código Penal (...), op. cit.*, p. 545. Numa posição aparentemente mais intermédia, situa-se MOURAZ LOPES in *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação (...), op. cit.*, p. 139, defendendo a inexigibilidade de ignorância total da vivência social bem como ingenuidade e que com isso tenha que ter um desconhecimento absoluto das coisas do sexo. Afirma que “*inexperiente será a pessoa que não possui conhecimento prático das atividades sexuais, que não se mostra capaz de formular um juízo ético sobre essa atividade e as suas consequências*”. Contra, FIGUEIREDO DIAS e MARIA JOÃO ANTUNES, in *Comentário Conimbricense (...), op. cit.*, p. 862, apenas afasta a inexperiência dos casos em que a instigação ou iniciativa que conduziu à cópula, tenha partido da vítima. Fora estas condições, independentemente do conhecimento da vida sexual ou de anteriores experiências, não será excluída a inexperiência, uma vez que esta “*liga-se à (arte da) sedução e não necessariamente ao resultado desta*”. Neste sentido, vamos de encontro à posição deste último Autor.

¹⁰¹ Destacamos o Protocolo Facultativo para a Convenção dos Direitos da Criança sobre a venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil e a Decisão-Quadro 2004/68/ JAI (entretanto já modificada pela Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de dezembro de 2011), que revelaram ser de grande importância para a luta e instrumentalização de menores mediante pagamento de remuneração ou outra contrapartida. Contudo, desenvolveremos melhor aquando a abordagem ao crime de pornografia de menores.

nasce no seio da Reforma de 2007 e é introduzido pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, de modo a combater este crime de um já elevado grau de perversão imposto ao menor. Tipifica-se a criminalização do recurso a menores – com idades compreendidas entre os 14 e os 18 anos de idade – pela prática de atos sexuais mediante vantagem ou contrapartida, por parte de adultos, punindo-se os clientes de menores. A remuneração dada em contrapartida pela satisfação sexual dada pelo uso do menor, pressupõe uma quantia monetária. No entanto, não invalida o pagamento em espécie – diz MOURAZ LOPES que “*pode consubstanciar-se em atos de favor, entrega de prendas ou qualquer outro meio que possa ser entendido como uma contraprestação pela atividade sexual desenvolvida. Trata-se por exemplo da entrega de bilhetes para espetáculos, oferecimento de bens de consumo, pagamento de viagens (...)*”¹⁰². É ainda importante referir que não se exige que o menor faça da prostituição vida para a punição dos atos, bastando ser um ato isolado ou esporádico da vida do menor para entrar no âmbito de tutela do artigo¹⁰³.

Quase por fim, mas nem por isso menos importante, no art. 175.º do CP prevê-se o *lenocínio de menores* que pretende tutelar o livre desenvolvimento do menor no âmbito sexual. Tentando evitar a exploração da sexualidade do menor através do recurso à prostituição, o direito penal criminaliza quem *fomente, favoreça ou facilite* o exercício de prostituição do menor, não se exigindo, uma vez mais, uma atividade profissional ou uma atividade com vista à obtenção de lucro.

O crime de pornografia de menores, previsto no art. 176.º do CP, luta contra a prática de atos pornográficos com menores e, apesar de aflorado anteriormente nos números da antiga norma legal 172.º do CP, é com base na Decisão-Quadro de 2004/68/JAI que se impõe a adoção de medidas para o combate aos crimes sexuais contra menores, pelo que, o nosso ordenamento, com a reforma de 2007 autonomiza o crime, caminhando no sentido da neocriminalização da tutela penal. Este artigo, por ser tema do presente estudo, será tratado e desenvolvido no próximo capítulo.

Por fim, o art. 176.º – A, aditado pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, prevê a punição do aliciamento de menores para fins sexuais por meio de novas tecnologias de informação e de comunicação, impedindo o recurso a este tipo de

¹⁰² In *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação (...)*, op. cit., p. 144.

¹⁰³ Neste sentido, PINTO DE ALBUQUERQUE, in *Comentário do Código Penal (...)*, op. cit., p. 547.

matérias de forma a desinibir e a tentar criar uma situação de confiança com o menor, com vista a um encontro e prática de atos sexuais.

Em nota final, atendendo aos crimes *supra* retratados e observando a sua natureza pessoalíssima, cabe apenas referir que o agente cometerá tantos crimes quantas as pessoas que ofender, constranger, importunar sexualmente, utilizar em material pornográfico, etc¹⁰⁴.

§6. Consentimento do menor?

Como temos vindo a referir, o bem a ser protegido prende-se com o direito que cada um de nós tem de exercer livremente e autodeterminar a sua conduta sexual, respeitando-se a dignidade humana de cada um, bem como a sua identidade. Consequentemente, quando é posta em causa, facilmente se depreende que há uma violação da vontade e a falta de um consentir que, no caso dos menores, se revela num abuso total à sua autodeterminação devido à incapacidade inerente à idade, presumida *juris et jures* pelo legislador, de concluir um discernimento capaz de avaliar as suas ações, condenando-se ao sofrimento e humilhação numa das formas mais atentatórias à dignidade de cada um¹⁰⁵.

Mas no que se baseia este concordar? E será que o anuir do menor na realização de um ato poderá conceder impunibilidade plena ao agressor¹⁰⁶? Veremos.

¹⁰⁴ MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO in *Código Penal (...), op. cit.*, p.683.

¹⁰⁵ Em regra, uma criança não tem o discernimento para avaliar uma situação corretamente, muito menos quanto a assuntos da esfera sexual. Este exercício de ponderação é deficitário, em função das características próprias da idade, daí a tutela do desenvolvimento da personalidade no domínio sexual: o menor é merecedor de um gradual e livre crescimento sem perturbações físicas e psicológicas, sem ser forçado a crescer mais rápido devido a riscos, traumas e choques psicológicos impostos por terceiros que, mesmo sem coação, prejudicam o livre desenvolvimento de personalidade. Cfr. citação do Acórdão do STJ de 10 de outubro de 2012 (Processo n.º 617/08.5PALGS.E2.S1), também Cristina Soeiro vai neste sentido ao defender que a criança ainda não é capaz, de prestar um consentimento informado perante tais atos que violam a lei, devido ao seu estágio de desenvolvimento. Referindo-se, no caso concreto, ao abuso sexual, mas aplicável de modo geral, vem a Autora dizer que este tipo de crime “*configura uma relação que tem por base um diferencial de poder entre um adulto e uma criança, que devido à sua imaturidade é incapaz de se autodeterminar e cuja prática deixa, por vezes, irremediáveis sequelas com repercussão pessoal, familiar e de integração social*”. Disponível em www.dgsi.pt.

¹⁰⁶ Veja-se o art. 38.º, n.º 1 do CP: “*Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto de não ofender os bons costumes*”.

No art. 38.^o, n.^o 2 do CP, prevê-se de um modo geral que o consentimento se traduza numa “*vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido (...)*”, manifestando-se num conhecimento pleno da situação, e assentido apenas por maiores de 16 anos de idade (e) com discernimento necessário para avaliar todo o cenário aquando a prestação do mesmo.

LAURA LOWENKRON¹⁰⁷ relata o consentimento como um ato da vontade do indivíduo que tenha capacidade para exercer livremente as suas decisões, assumindo autonomia suficiente, genuína e livre. Livre de coações ou constrangimentos, apresenta a noção de consentimento como “*um tipo particular de competência que é considerada fundamental para o exercício do direito de liberdade sexual*”, averiguada conforme a sua relevância para o culminar da tomada de decisão. Esta competência “*(...) é considerada relevante para a tomada de decisão é multidimensional, sendo concebida como uma combinação entre competência intelectual (habilidade para processar informação relevante), competência moral (capacidade para avaliar o valor social do gesto) e competência emocional (entendida como habilidade para expressar e manejar emoções)*”¹⁰⁸.

Contudo, a controvérsia surge nos crimes sexuais contra os menores devido à imposição legal dos 16 anos de idade para o válido consentimento, levando-nos a pensar que essa aplicação geral aos crimes em especial significa “*que todas as decisões do menor só seriam válidas a partir dessa idade*”¹⁰⁹. Assim, como se atenta contra a liberdade aquando da sua violação da vontade/capacidade, também *a contrario*, parecemos estar a vedar toda e qualquer experiência do foro sexual, negando-lhe espaço de liberdade sexual. A Autora refere que nem todos os atos praticados com menores de 14 anos atingem a ofensa do seu bem jurídico – a única coisa atingida será somente a escolha e determinação destes que será “*sacrificada pelo programa de tutela do bem jurídico supra-individual*” –, apresentando para tal dois exemplos em que os atos sexuais são praticados com menores com menos de

¹⁰⁷ In *Menina ou moça? Menoridade e consentimento sexual*, Desidades – Revista eletrónica de divulgação científica da infância e juventude, [Internet] disponível em <https://revistas.ufrj.br/index.php/desidades/article/view/3146/2495> [consultado a 10 de janeiro de 2017], p.14.

¹⁰⁸ Neste sentido, Acórdão do STJ de 06 de abril de 2016 (Processo n.º 19/15.7JAPDL.S1) e Acórdão do STJ de 12 de novembro de 2014 (Processo n.º 1287/08.6JDLSB.L1.S1), disponíveis em www.dgsi.pt.

¹⁰⁹ ANA RITA ALFAIATE, in *A relevância penal (...)*, op. cit., p. 129.

14 anos mas não são considerados crimes¹¹⁰. Apresenta (1) os casos em que os atos sexuais são praticados entre dois menores, não relevando de maneira alguma para o abuso e demonstrando casos de vivência sexual iniciada antes do limite etário apontado pelo legislador bem como revelando alguma capacidade de decisão – “*seria inaceitável a proibição de atos sexuais praticados entre menores, motivados pela procura da experiência sexual*”; e (2) o contexto sociocultural em que acontece. Neste sentido, também INÊS FERREIRA LEITE¹¹¹ considera que não será sempre negativo e inadequado para o desenvolvimento saudável dos menores de 14 anos o direito à liberdade sexual, pois caso contrário, veda-se-lhe um espaço de descoberta – apenas justifica os casos de restrição de liberdade sexual quando haja demonstração efetiva do risco de violação de valores e bens fundamentais como a liberdade ou autodeterminação do menor e o livre desenvolvimento da sua personalidade.

Assim, obviamente que *cada caso é um caso* e que deverá, sempre, haver uma avaliação ponderada e atender ao caso *in concreto*, mas verificamos que o que fundamenta a menoridade sexual não se prende com a presunção de que crianças e jovens abaixo de certo limite de idade não têm impulsos e desejos sexuais, mas sim pelo facto de estes ainda não terem a maturidade e o discernimento para adquirir as competências necessárias para a tomada de decisões, que apenas virão com o tempo e fruto das circunstâncias evolutivas do processo de crescimento e de socialização. Aceitando os casos em que os jovens tenham atingido esta maturidade, somos a favor da tutela penal do menor até se formar um sujeito pleno para consentir livremente a relação sexual – o atingir da (ousando chamar assim) maioridade penal dos 16 anos, nos termos do 38.º, n.º 3 do CP – atendendo sempre às circunstâncias concretas dos factos e ao momento do consentimento. Compreendemos os argumentos utilizados que “vedam” o espaço de liberdade sexual ao menor ao tentar protegê-lo, no entanto aos 14 anos, a capacidade de discernimento encontra-se em formação e estruturação. Todavia, poderemos tentar conceber essa ideia para os jovens de 14 anos numa ideia similar à exceção concedida no ordenamento italiano, onde *não são punidos os casos de atos sexuais entre menores, desde que pelo menos um deles já tenha treze anos e que entre ambos, a diferença de idades não seja superior*

¹¹⁰ ANA RITA ALFAIATE, in *A relevância penal (...)*, op. cit., pp. 133-135.

¹¹¹ In *Pedofilia (...)*, op. cit., p.37.

*a três anos*¹¹², apontando como limite à diferença de idades dois anos, e não os três, pelas razões biológicas de desenvolvimento das crianças poderem ser muito discrepantes nesta fase de crescimento e, sendo um dos menores três anos mais velho, poder já exercer alguma pressão sobre o outro. Mas apenas em casos muito restritos. E não julgamos ser o caso da pedopornografia.

¹¹² Art. 609.º – quater/2 do Código Penal Italiano.

CAPÍTULO III

A PORNOGRAFIA INFANTIL

A violência sexual contra crianças é uma atividade criminosa que requer séria atenção e tratamento específico, especialmente no caso da pornografia infantil. Desde sempre, a busca pelo prazer contínuo e pelo enriquecimento ilícito tem levado as pessoas a partilhar e disseminar fotos, vídeos e/ou outros conteúdos de cariz pornográfico com representação de crianças e adolescentes, particularmente através dos novos meios tecnológicos que, apesar de revestirem uma inegável utilidade para o dia a dia da sociedade, em contrapartida também têm contribuído, em muito, para a fácil e veloz propagação deste tipo de crime¹¹³. Em acréscimo à globalização e ao desenvolvimento tecnológico, existe ainda o fator *Internet* que consegue projetar com maior facilidade a prática deste crime e potenciar o anonimato por parte do perpetrador. É uma das grandes preocupações dos ordenamentos combater a propagação deste crime, bem como lutar contra a concretização do mesmo. Tal como expusemos *supra* no Capítulo I, o menor nem sempre viu os seus direitos tutelados. Não obstante, hoje em dia, as sociedades tentam cada vez mais salvaguardar a garantia dos direitos dos menores, com vista a suprimir práticas corrosivas, que atentem à autodeterminação e dignidade destes, tanto a nível nacional como internacional.

¹¹³ Distinga-se a pornografia da “*child erotica*” que se trata de qualquer material, tal como brinquedos, jogos, roupas de criança, manuais, desenhos, catálogos e imagens não pornográficas de crianças ou qualquer outro material relacionado com crianças, que servem o propósito de satisfação sexual de um indivíduo. Esta modalidade de abuso, apesar de semelhante, não faz uso de qualquer tipo de criança ou representação, apenas são usados objetos a ela associados, pelo que não é reconhecido como crime por falta de lesão a um bem jurídico – JONES, Logan M. in *Regulating child pornography on the internet – the implications of article 34 of the United Nations Conventions on the Rights of the Child*, The International Journal of Children’s Rights, 6: 5579, Netherlands, 1998, disponível em https://www.researchgate.net/journal/1571-8182_The_International_Journal_of_Children_s_Rights, [consultado a 16 de outubro de 2016, e acedido por heinonline.org (citação: 6 Int’l J. Child. Rts. 55 1998 - <https://www.copyright.com/cc/basicSearch.do?&operation=go&searchType=0&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0927-5568>)], p. 57.

§7. Análise ao papel da União Europeia no combate à Pornografia Infantil¹¹⁴

Atendendo ao direito da criança a crescer livremente, uma série de condutas encontram-se hoje previstas na criminalização sem, porém, se chegar a um consenso quanto a um conceito universal da pornografia de menores – há pequenas condicionantes da criminalização do crime que são “optativas” para os Estados, mediante reserva fundada nos diplomas europeus, aquando a tipificação do crime, devido à enorme diversidade de realidades socioeconómicas, culturais e religiosas da infância nas várias nações. No entanto, atendendo às características de cada sociedade, é fundamental que o conceito seja definido na legislação nacional de cada país e, é por se acreditar que a eliminação da venda de crianças, prostituição e pornografia com menores será facilitada pela adoção de medidas globais de ação e sensibilização e de parcerias entre Governos, que se tem evoluído no sentido de intensificar a punição deste crime através de todo o tipo de modalidades que ao longo do tempo vêm surgindo. Afirmo o *International Centre for Missing & Exploited Children*¹¹⁵, opinião também por nós sustentada, que a lei é uma arma importante no combate à pornografia infantil, em qualquer país. No entanto, é ainda uma realidade distante para alguns países. Segundo o último Relatório de 2016¹¹⁶ apresentado pela ICMEC, existem ainda trinta e cinco países que não apresentam qualquer tipo de legislação em relação à pornografia infantil. Contudo, verifica-se que tem havido uma evolução por parte dos ordenamentos jurídicos, pois em 2006 os números batiam nos noventa e cinco países, reduzindo até 2012 para os cinquenta e três. No entanto, tais números não são suficientes. De facto, não se concebe que possam ainda existir países sem qualquer tipo de legislação relativa à pornografia com menores.

A nível Europeu, são alguns os instrumentos que preveem e garantem a tutela das crianças, considerando a preocupação em combater o significativo e crescente tráfico internacional de crianças para fins de venda, prostituição e pornografia.

¹¹⁴ Para aferir as datas dos diplomas que não forem identificados, verificar no Capítulo I do presente estudo.

¹¹⁵ In <http://www.icmec.org/child-pornography-model-legislation/>.

¹¹⁶ In *Child Pornography: Model Legislation & Global Review*, 8th Edition, 2016, [Internet], disponível em <http://www.icmec.org/wp-content/uploads/2016/02/Child-Pornography-Model-Law-8th-Ed-Final-linked.pdf>, [consultado a 07 de janeiro de 2017].

Abordaremos então os que, devido à sua dimensão apresentaram mais relevância, sem, contudo, querermos apresentar uma lista taxativa de instrumentos.

7.1. A atuação da União Europeia no combate à pornografia infantil

A CDC, um dos instrumentos mais relevantes para a defesa dos menores, obriga os Estados a reconhecerem e a protegerem os direitos da criança tendo “*primacialmente em conta o interesse superior da criança*” (cfr. 32.º da CDC), nas decisões tomadas e na criação de mecanismos de defesa através de medidas adequadas (vejam-se os arts. 32.º; 34.º e 35.º da CDC), protegendo-a da exploração económica ou da sujeição a trabalhos perigosos ou capazes de comprometer a sua educação, prejudicar a sua saúde ou o seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.

Em 1996, realiza-se o primeiro grande Congresso Mundial de Estocolmo, sobre a exploração sexual de crianças e adolescentes¹¹⁷, avançando-se com uma série de linhas definidoras de ação para os Estados criminalizarem o crime, demonstrando uma vez mais a forte preocupação universal do combate à criminalidade.

Outro diploma importante – conectado à CDC – é o Protocolo opcional sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantil, que prevê que os Estados Partes incriminem a venda de crianças e de pornografia infantil ao abrigo do seu primeiro artigo. Concebe no conceito de pornografia qualquer “*representação, por qualquer meio, de uma criança envolvida em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins primordialmente sexuais*” – art. 2.º, al. c) – criminalizando a posse de material pornográfico, bem como os casos de conteúdos pornográficos, alterados virtualmente, em prol do atentado aos Direitos Humanos que o menor sofre através da exploração e violência sexual à qual é sujeita. Como

¹¹⁷ Realizado em Estocolmo (Suécia) a 31 de agosto de 1996, tendo como referência a CDC, convocaram-se todos os Estados em cooperação com as organizações. Declaração apresentada no Congresso disponível em https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:RfVCxySA1xgJ:https://www.unicef.org/lac/spbarbados/Planning/Global/Child%2520protection/The%2520Stockholm%2520Declaration%2520and%2520Agenda%2520for%2520Action_1996.doc+&cd=1&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt.

condutas que revestem modalidades deste tipo de crime, são elencadas no art. 3.º, do referido Protocolo, a exploração sexual da criança; a oferta, obtenção, procura ou entrega de criança para fins de prostituição infantil; a produção, distribuição, difusão, importunação, oferta, venda ou posse de material pedopornográfico para fins de prostituição infantil.

Também a Carta dos Direitos Fundamentais da UE¹¹⁸ reafirma o respeito pelos direitos da criança pelo que vem demonstrar, através do apelo ao *interesse superior da criança* (cfr. art. 24.º), o reconhecimento da União Europeia por estes direitos, visando a proteção dos mesmos.

Perante a necessidade de adotar medidas específicas de combate à pornografia na Internet, devido ao seu crescimento significativo, o Conselho almejava impedir e combater o abuso sexual de crianças e, em especial, a produção, processamento, divulgação e posse de pedopornografia através da Internet. Neste sentido, é concretizada a 29 de maio de 2000 uma Decisão¹¹⁹ sobre o combate à pornografia com crianças na Internet, na qual se decide que os Estados-Membros devem adotar medidas que: incentivem os utilizadores da Internet a comunicar às autoridades presumíveis casos de divulgação de material pornográfico, assim que tenham conhecimento dos mesmos; promovam e possibilitem a rápida atuação das entidades e autoridades responsáveis pelo zelo da lei, sempre que tenham conhecimento (ou recebido informações) sobre presumíveis casos de produção, processamento, posse e divulgação de pornografia com menores; e que garantam a punição dos infratores. Prevê ainda a cooperação entre Estados bem como adverte para a revisão regular da legislação de modo a fazer face às evoluções tecnológicas. Também a Recomendação R (2001) 16, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa a 31 de outubro de 2001, relativa à proteção das crianças contra a exploração sexual, é um dos exemplos da preocupação com o flagelo da pornografia de menores, que previa “*uma estratégia pan-europeia de luta contra este*

¹¹⁸ Proclamada a 12 de dezembro de 2000 pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União e pela Comissão Europeia, a Carta dos Direitos Fundamentais reúne num único texto os direitos civis e políticos, bem como os direitos económicos e sociais dos cidadãos europeus (que se encontravam dispersos por diversas leis nacionais e convenções internacionais), levando em conta as diversidades culturais e tradições dos diferentes povos europeus e a identidade de cada um.

¹¹⁹ Decisão do Conselho da União Europeia (2000/375/JAI) de 29 de maio de 2000, sobre o combate à pornografia infantil na Internet.

fenómeno através de legislação, comunicação e partilha de informações, assistência judiciária recíproca, acordos de âmbito bilateral, multilateral e internacional e políticas ao nível europeu e internacional”¹²⁰.

Ao Conselho da UE é confiada a missão de idealizar um projeto especial de assistência, no qual se promovesse a partilha de informação e de exemplos de boas práticas e o apoio na introdução de legislação eficaz para a criminalização. Decorrendo este compromisso de um Plano de Ação Regional – apresentado como contributo regional europeu para a Conferência de Yokoama – é então adotada a *Convenção sobre o Cibercrime*¹²¹ em Budapeste, a 23 de novembro de 2001¹²², que representa o primeiro tratado internacional sobre crimes cometidos via Internet e outras redes informáticas e que, a par de outras problemáticas no mundo dos crimes informáticos¹²³, aborda também a problemática da pornografia infantil – veja-se o Cap. II, em específico o Título II relativo às *Infrações relacionadas com o conteúdo*, onde o seu art. 9.º prevê a punição de condutas relativas à pornografia de menores, caracterizando-a no n.º 2 do referido artigo como “(...) *todo o material pornográfico que represente visualmente: a) um menor envolvido em comportamentos sexualmente explícitos; b) uma pessoa com aspeto de menor envolvida em comportamentos sexualmente explícitos; c) imagens realistas de um menor envolvido em comportamentos sexualmente explícitos*”, assumindo o menor como qualquer pessoa com menos de 18 anos de idade (cfr. art. 9.º, n.º 3)¹²⁴. Ainda importante referir que a referida Convenção apela também à cooperação internacional entre os Estados, no seu art. 23.º.

Indo ao encontro destas exigências e abrindo um pequeno parêntesis à evolução legislativa europeia no âmbito do cibercrime, no ordenamento português, encontra-se atualmente em vigor a *Lei do Cibercrime*, Lei n.º 109/2009, de 15 de

¹²⁰ In http://direitoshumanos.gddc.pt/7/VIIPAG7_5_5.htm.

¹²¹ Espelha o seu preâmbulo que a Convenção é destinada a “*proteger a sociedade do cibercrime, inter alia, através da adoção de legislação adequada e da melhoria da cooperação internacional*”, de modo a “*tornar mais eficazes as investigações e os processos penais respeitantes às infrações penais relacionados com sistemas e dados informáticos, bem como permitir a recolha de prova, em formato eletrónico*”.

¹²² Aprovada e publicada com a Resolução da Assembleia da República n.º 88/2009 de 15 de setembro, e ratificada pelo Presidente da República pelo Decreto 91/2009, de 15 de setembro.

¹²³ A saber, fraude informática, violação da segurança das comunicações em rede, sabotagem informática, acesso ilícito, etc.

¹²⁴ No entanto, ao abrigo da 2.ª parte do n.º 3 do art. 9.º, a Convenção não exclui a possibilidade de os Estados-Partes imporem um limite de idade inferior ao referido, não podendo, de modo algum, ser fixado abaixo dos 16 anos de idade.

setembro, que adapta o direito interno à Convenção sobre o Cibercrime, transpõe a Decisão-Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação e revoga a anterior Lei n.º 109/91, de 17 de agosto, a Lei da Criminalidade Informática. Sem prejuízo do referido, continua a ser no próprio Código Penal que *“encontraremos os critérios essenciais de aplicabilidade do direito penal português aos atos informáticos, agora completados pela Lei do Cibercrime”*¹²⁵. Fechemos parêntesis.

7.2. A Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho

De todo o modo, apesar de se ir combatendo aos poucos esta luta de tutela de menores a nível internacional, a propagação do crime de pornografia com menores continua a dissipar-se em larga escala através das novas tecnologias e da Internet, pelo que a necessidade de criar sanções mais rigorosas para enfrentar as infrações penais, bem como para garantir que essas mesmas sanções são aplicadas (de forma severa) aos agentes infratores é inevitável. Surge, então, em 2004, a Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho da União Europeia, de 22 de dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, onde se sedimenta que a exploração sexual de crianças e a pornografia de menores constituem *graves violações de direitos humanos e do direito fundamental da criança a uma educação e um desenvolvimento harmonioso* (§4. da Decisão-Quadro).

Pretendendo a União Europeia uniformizar a legislação existente nos vários Estados-Membros, define-se, de uma forma muito completa e abrangente, a pornografia infantil, no seu art. 1.º, al. b) como *“qualquer material pornográfico que descreva ou represente visualmente: i) crianças reais envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou entregando-se a tais comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes púbicas; ou ii) pessoas reais com aspeto de crianças, envolvidas em comportamentos referidos na sub-alínea i) ou entregando-se aos mesmos; ou iii) imagens realistas de crianças não existentes envolvidas nos comportamentos referidos na subalínea i) ou entregando-se aos mesmos”*, assumindo

¹²⁵ VENÂNCIO, Pedro Dias, in *Lei do Cibercrime – Anotada e comentada*, Coimbra Editora – grupo Wolters Kluwer, 2011, p.21.

criança como “(...) qualquer pessoa com menos de 18 anos de idade” (veja-se o art. 1.º, al. a)). Trata-se, pois, em regra, da “(...) disponibilização e representação por qualquer meio de imagens paradas ou de filmes, com ou sem som, de pessoas menores de idade envolvidas em atos sexuais explícitos ou simulados, umas vezes com maiores de idade, outras entre menores e ainda outras, com animais, ou na exibição dos órgãos genitais de uma criança para fins sexuais”¹²⁶.

Decorre do disposto, no seu art. 3.º, n.º 1, que os Estados-Membros devem tomar todas as medidas necessárias à punição de condutas como a “produção de pornografia infantil (al. a)); distribuição, divulgação e transmissão (al. b)); oferta ou disponibilização (al. c)); e aquisição ou posse (al. d)); independentemente da utilização, ou não, por parte dos infratores de sistemas informáticos, a fim de tornar punível o incitamento à prática das infrações mencionadas, bem como a tentativa de adotar algum dos comportamentos proibidos – abrem-se, no entanto, exceções para o tipo de comportamentos elencados no n.º 2¹²⁷ do ora citado artigo.

Como punição, estabelecem-se que as sanções previstas por cada Estado-Membro deveriam incluir uma pena privativa de liberdade com uma duração mínima de um a três anos.

¹²⁶ RODRIGUES, Ana Paula, in *Pornografia de menores: novos desafios na investigação e recolha de prova digital*, Revista do CEJ, n.º 15, sem.1 (2011), Lisboa: Editora Almedina, 2011, p. 265.

¹²⁷ N.º 2 do art. 3.º: “Os Estados-Membros podem isentar de responsabilidade criminal os comportamentos associados à pornografia infantil: a) A que se refere a subalínea ii) da alínea b) do artigo 1.º, no caso de a pessoa que parecia ser uma criança ter efetivamente 18 anos ou mais na altura em que a imagem foi fixada; b) A que se referem as subalíneas i) e ii) da alínea b) do artigo 1.º, nos casos de produção e posse de imagens de crianças que tenham alcançado a maioridade sexual, se essas imagens forem produzidas e possuídas com o consentimento das crianças e unicamente para seu uso pessoal. Ainda que se prove o consentimento, este não será considerado válido se, para obter esse consentimento, o autor das infrações se aproveitou ou abusou, por exemplo, da sua superioridade etária, maturidade, posição, estatuto, experiência ou dependência da vítima; c) A que se refere a subalínea iii) da alínea b) do artigo 1.º, se se provar que o produtor produz e possui o material pornográfico unicamente para seu uso pessoal, na condição de não ter sido utilizado para a sua produção qualquer material pornográfico referido nas subalíneas i) e ii) da alínea b) do artigo 1.º e desde que o ato não implique o risco de divulgação do material”.

7.3. A Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho

Posteriormente, esta Decisão-Quadro foi substituída¹²⁸ pela Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011¹²⁹, relativa à luta contra o abuso sexual, exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, onde estatui no seu art. 2.º, al. c), a definição de pornografia, consagrando-se que caberão na incriminação deste ilícito “i) *materiais que representem visualmente crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou; ii) representações dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais; iii) materiais que representem visualmente uma pessoa que aparente ser uma criança envolvida num comportamento sexualmente explícito, real ou simulado, ou representações dos órgãos sexuais de uma pessoa que aparente ser uma criança, para fins predominantemente sexuais, ou; iv) imagens realistas de crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou imagens realistas dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais*” assumindo-se como criança o indivíduo com menos de 18 anos de idade (art. 2.º, al. a)). Prevê-se também no referido diploma que aos infratores que: adquiram ou possuam pornografia (n.º 2); adquiram acesso a pornografia infantil com conhecimento de causa e por meio de tecnologias de informação e comunicação (n.º 3); distribuam, difundam ou transmitam pornografia infantil (n.º 4); ofereçam, forneçam ou disponibilizem pornografia infantil (n.º 5), e; produzam pornografia infantil (n.º 6); é-lhes aplicada uma *pena máxima de prisão não inferior a um ano* (nos casos dos n.ºs 2 e 3); *uma pena máxima de prisão não inferior a dois anos* (nas situações dos n.ºs 4 e 5) e; *uma pena máxima de prisão não inferior a três anos* (nos comportamentos refletidos no n.º 6).

No entanto, cabe aos Estados-Membros decidir se o presente artigo se aplica aos casos de representação visual de uma pessoa que aparenta ser uma criança envolvida em comportamentos lascivos, mediante a condicionante de a pessoa “*que aparenta ser uma criança tiver de facto 18 anos de idade, ou mais, no momento da representação*”; bem como os casos de uso de imagens realistas de crianças envolvidas em práticas sexualmente explícitas ou com imagens realistas dos órgãos

¹²⁸ Substituída no que diz respeito aos Estados-Membros que participam na adoção da Diretiva – atente-se ao art. 26.º da Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho.

¹²⁹ Transposta para o ordenamento jurídico português pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto.

sexuais destas, utilizadas para fins sexuais, sendo opcional esta transposição para o ordenamento jurídico interno quando alguém adquira, possua ou produza o material que se encontra na posse do produtor (apenas para uso privado), desde que não comporte o risco de difusão desse material – esta possibilidade de opor reserva quanto à criminalização do direito penal interna dos comportamentos elencados é fundamentada no art. 5.º, em especial nos n.ºs 7 e 8).

§8. O *iter criminis* da pornografia infantil na Internet

A pornografia de menores na Internet é cada vez mais uma constante, no entanto não é um crime recente nem tecnológico – a pornografia com crianças já existia antes da criação da Internet. Trata-se de um crime que tem vindo a crescer exponencialmente e que, face ao rápido desenvolvimento das tecnologias e ao fácil acesso à Internet¹³⁰, tem-se vindo a tornar progressivamente mais fácil a sua concretização através da difusão de informação por meios eletrónicos.

São infindáveis as vantagens que o avançar da tecnologia trouxe para as Sociedades de hoje em dia. Os computadores são comuns em toda a sociedade e, o que outrora só se imaginava num futuro bem distante, é hoje possível: gadgets como *smartphones* e *tablets* permitem-nos ter um mini-computador na mão, possibilitando-nos estar *online* 24h por dia, bem como a armazenar alguma quantidade considerável de ficheiros.

CARLA BÖRJESSON apresenta no seu estudo¹³¹ dados publicados no final de 2011 pelo *Eurostat* que demonstram que “*uma média de mais de dois terços (68%) dos cidadãos da UE utilizam a Internet, pelo menos, uma vez por semana, sendo que 56% deles a usa diariamente ou quase diariamente. Apenas um quarto dos europeus declara não a utilizar de todo. Para além de outras finalidades pelas quais é muito*

¹³⁰ Criada em 1969, pelo Governo Norte-Americano para fins militares, estava-se longe de imaginar a dimensão e a importância que a Internet iria ter nos nossos dias (DIAS, Vera Marques in *A problemática da investigação do cibercrime*, Data Venia – Revista Jurídica Digital, Ano 1, n.º 01, julho-dezembro 2012, [Internet], disponível em www.datavenia.pt [consultado a 15 de agosto de 2016], p. 64). Verifica-se que o grande impulso dá-se nos anos 90 com o aparecer da *world wide web* (a grande rede de computadores), com o desenvolver dos *browsers* e a diminuição de custos face à oferta de mercado, tornando-a cada vez mais acessível.

¹³¹ In *Crimes sexuais contra menores – O abuso sexual de menores e a Internet*, Dissertação da tese de Mestrado em Direito Criminal, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012, p. 15.

procurada, 53% dos utilizadores afirma fazer isso da Internet para participar em redes sociais”. Os números são grandes.

Sabemos toda a utilidade que a Internet representa e como se revela atualmente mais fácil o acompanhamento das notícias do mundo, a criação de contactos com qualquer ponto do planeta bem como a realização de transações, graças à capacidade de proporcionar uma comunicação e circulação transnacional de informação, tornando o mundo uma aldeia global. E tudo isto a uma velocidade traduzível em apenas algumas frações de segundos, “à distância de um clique”. Porém, também é a esta velocidade e com todas estas vantagens que se propagam os crimes informáticos e as condutas lesivas e ilícitas praticáveis na Internet¹³² e, em especial, a exploração, divulgação e distribuição¹³³ de pornografia infantil – muito também devido ao anonimato¹³⁴ que se permite na Internet, não havendo (quase) um rasto da violação do crime, facilitando-se assim a permuta de materiais e de informações sobre sites a visitar e sobre mapas geográficos de prostituição e tráfico sexual¹³⁵. A partir daqui muitos outros crimes podem crescer, sendo a pornografia com recurso a crianças o tronco da árvore que se ramifica e proporciona, a prática de outros delitos a ela inerentes, tais como abuso sexual de

¹³² Tal como a Autora VERA MARQUES DIAS apura, concordamos: “Foi descoberto um campo fértil, vulnerável, de lucro fácil, com riscos físicos inexistentes, a baixo custo, e com uma grande probabilidade de impunidade, não só para o cometimento de novos delitos, como também para revisitar os crimes tradicionais, agora com a exponencial ajuda e cumplicidade da Internet” in *A problemática (...), op. cit.*, p. 65.

¹³³ Em maior desenvolvimento, GARCÍA, Juan Carlos Rojo, in *La realidad de la pornografía infantil en internet*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época – enero 2002 (n.º 9), Madrid: Marcial Pons, Librería, 2002, pp. 217 – 220.

¹³⁴ Compreende-se a possibilidade de anonimato, uma vez que está em causa da nossa privacidade e, o que poderia anteriormente ser um “mero capricho, é hoje, uma necessidade dos utilizadores/assinantes que utilizam as redes de comunicação eletrónicas acessíveis ao público” (BENJAMIM SILVA RODRIGUES, in *Das escutas telefónicas à obtenção de prova (ambiente) digital*, 2ª ed., Coimbra Editora, 2009, p. 173), uma vez que os ataques cibernautas são cada vez mais constantes e facilmente se consegue acesso a dados pessoais inscritos em páginas da web ou, até mesmo, acesso a documentos guardados no computador. Porém, em consequência do resguardo à privacidade de cada um, há uma maior facilidade e “cobertura” na prática de crimes informáticos (mesmo para indivíduos sem grandes conhecimentos informáticos). No especial caso da pornografia com menores é um grande fator que os infratores têm a seu favor.

¹³⁵ Uma das formas de comunicação muito comum entre agressores sexuais é concretizada através de plataformas nominadas de “Bulletin Board System” que permitem contactos entre agentes espalhados por todo o mundo. Também conhecidos pela sigla “BBS”, estes “boletins” são normalmente gratuitos, apesar de carácter restrito, e fornecem uma vasta variedade de material sexual e pornográfico, disponível para qualquer pessoa com um computador e um qualquer aparelho que o permita aceder à Internet, e que possibilite o download de material pornográfico e ilícito que, por sua vez, permite ao usuário do BBS redistribuir o material para outros contactos. Para mais desenvolvimentos acerca do funcionamento deste exemplo de plataforma, <https://cs.stanford.edu/people/eroberts/cs181/projects/effect-on-interpersonal-skills/Relationships5.htm> .

crianças, tráfico de seres humanos, imigração ilegal, turismo sexual, lavagens de dinheiro e prostituição.

8.1. A potencialidade da Internet

O evoluir da Internet também trouxe consigo facilidades a nível da vitimização de menores que, sendo grandes utilizadores das novas tecnologias, graças à sua ingenuidade e, por vezes, à sua vontade de querer saber mais e gostar de arriscar, são apanhados em redes com conteúdos indesejados e inapropriados, de cariz pornográfico, bem como, conseqüentemente, são expostos em redes de tráfico de exploração sexual e de pornografia infantil¹³⁶. O abusador procura cada vez mais a comunicação virtual com as crianças por meios de serviços eletrónicos (*v.g. email* ou *chatrooms*), onde encarna outra personagem e engana as vítimas, levando-as a pensar que encontra do *outro lado* um indivíduo amigo onde, após estabelecer uma ligação emocional, consegue desinibi-las¹³⁷ e prepará-las para a prática de atos de carácter sexual.

Ainda no seguimento dos comportamentos mencionados, cumpre fazer referência ao fenómeno do “Turismo sexual infantil por Webcam”, no qual os adultos pagam para ver demonstrações de carácter sexual e veem curtas-metragens, em direto, de crianças que praticam atos sexuais perante uma webcam, estando as suas ações dependentes das exigências dos predadores sexuais com o intuito de se satisfazerem sexualmente. Aproveitando-se do sofrimento das crianças e da falta de condições a que elas poderão estar sujeitas, segundo dados da organização não-

¹³⁶ Nestas redes de tráfico, na maior parte dos casos os menores são cativados em casas destinadas a esse fim e usados infindáveis vezes para a criação de mais material e para satisfação do(s) agente(s), não esquecendo, ainda, que muitas vezes ficam confinados o resto da sua vida a essas casas bem como por vezes os trágicos fins que lhes assistem (vítimas de homicídio).

¹³⁷ Pode parecer estranho que um menor se desiniba assim para um estranho, expondo o seu mais íntimo a alguém que apenas conhece virtualmente. No entanto, há que levar em consideração que muitas destas vítimas, não têm ainda o discernimento para avaliar a situação e compreender a perversidade que está associada ao ato. Mais, muitas vezes são menores, com baixa autoestima, vítimas de agressões e de atos discriminatórios, de contextos sociais mais problemáticos ou apenas jovens que procuram um pouco de atenção e alguém que compreenda os seus problemas (muito típico nos jovens que se encontram no início da fase da puberdade), e que acabam por cair nas falácias de quem confiavam pois, sem darem conta, veem exploradas as suas fragilidades emocionais, ingenuidade e imaturidade. Na fase em que o abusador procura alcançar a confiança do menor, este irá encontrar numa relação de segredo um amigo que compreenda e que viva os exatos problemas que ele, sendo um apoio incondicional e por isso, a única pessoa no mundo em quem poderá confiar.

governamental holandesa “*Terre des Hommes*” que incidiram sobre crianças Filipinas, estas posam nuas, mostram os seus órgãos sexuais, masturbam-se e, por vezes, têm relações sexuais com outros, se tal for requerido pelo predador. Este é um fenómeno que tem crescido de uma forma abismal e que se tem propagado como uma epidemia, uma vez que através da Internet, milhares de abusadores dispersos pelo mundo abordam e violentam crianças. Na tentativa de combater a exploração sexual das crianças, a Organização “*Terre des Hommes*” criou uma operação com o propósito de atrair e identificar predadores sexuais infantis, pelo que concebeu uma criança chamada “Sweetie” – uma criança filipina criada virtualmente com o propósito de entrar em *chatrooms* e ver como se propagava este crime, avaliando a dimensão do crime sexual e as possibilidades de criar mais material pornográfico com menores. Os resultados foram bem mais além do expetável¹³⁸, revelando a urgente necessidade de continuar a legislar pelo zelo e proteção dos menores através de medidas mais rigorosas, de mecanismos de investigação mais proactivos e através do controlo dos sites que estes violadores frequentam.¹³⁹

Ainda assim, apesar de toda a instrumentalização que faz do menor para sua satisfação momentânea, “*o abusador pretende ainda obter material que lhe é gratificante, constituído por imagem, som, filme ou fotografias contendo abusos sexuais perpetrados a menores, quer para o manter em seu poder, quer para o disponibilizar a terceiros, sendo que esta forma de abuso pode, por vezes, ficar confinada ao meio virtual*”¹⁴⁰ e tornar-se rentável.

¹³⁸ A *Terre des Hommes* indica que tanto a ONU bem como o FBI (Federal Bureau of Investigation) estimam que 750.000 abusadores encontram-se online em qualquer momento (por todo o mundo), havendo, segundo a Organização não-governamental, aproximadamente 10.000 crianças, algumas com apenas seis anos, a serem abusadas nas Filipinas por trás das câmaras. Com o caso Sweetie, a *Terre des Hommes* conseguiu identificar 1000 predadores em apenas dois meses. Assim verifica-se a urgência em tutelar e parar este crime de turismo sexual contra menores convertível, muitas vezes, em material pornográfico pronto a ser dissipado. Para mais aprofundamento das conclusões retiradas consultar <http://www.terredeshommes.org/causes/child-exploitation/>.

¹³⁹ Outros casos mediáticos de redes pornografia infantil na Internet foi o “Cathedral”. Ocorrido na Califórnia (E.U.A), fala-se de um abuso sexual que era cometido contra uma criança de 10 anos, no qual o agressor, pai de uma amiga de escola, abusava desta e, utilizando um computador com acesso à Internet e através de uma webcam, transmitia ao vivo esses abusos (aceitando mesmo sugestões dos visualizadores e ingerindo na criança os atos assombrosos que aqueles pediam). Como se não fosse já suficiente, este homem gravava ainda as imagens e vendia as mesmas na Internet – veja-se como é rápida e fácil a criação deste material!

¹⁴⁰ RODRIGUES, Ana Paula, in *Pornografia de menores: novos desafios (...)* op.cit., p. 265.

8.2. Dificuldades e (possíveis) soluções de combate à disseminação do crime

Face a esta realidade, deparamo-nos com pesadas dificuldades de prevenção, investigação, perseguição, comprovação e punição da pedopornografia na grande teia do mundo. Abstraindo-nos um pouco das complicações naturais que advêm da evolução das tecnologias, desde logo se verifica a carência de legislação adequada, a falta de cooperação internacional e de partilha de informações, bem como as grandes lacunas ao nível de especialização de conhecimentos que o tema requer, que revelam ser fatores que obstam ao sucesso do combate à pedopornografia. A estas variantes, junta-se ainda o facto de a globalização do século XXI levar a que a cena do crime se propague rapidamente por todo o globo, que nem uma epidemia, sendo extramamente complicado rastrear a pegada digital do predador e impedir que se alastre a divulgação do material. Ainda quanto à pornografia infantil, debatemo-nos também com a falta de recursos (tanto técnicos como humanos) necessários à imensa análise e tratamento de material, despistagem e descodificação dos dados, nomeadamente quando dados providos de vídeos e fotografias que se encontram encriptados ou dissimulados quanto à origem, produção, divulgação e distribuição dos mesmos.

Sob pena de se perderem provas, ou evitar a prática do tipo ilícito, urge a adoção de medidas transnacionais que punam estes crimes ocorrentes no mundo cibernético e que impeçam o seu desenvolvimento. Neste âmbito, VERA MARQUES DIAS¹⁴¹ aponta soluções para o combate dos crimes concretizados por meios informáticos em geral, com as quais concordamos e consideramos que, algumas delas, vão ao encontro de um melhor tratamento e proteção a dar face à realidade que os menores enfrentam quanto à pornografia infantil. Não pretendendo ser, de todo, uma enumeração exaustiva quanto ao procedimento a assumir, passam estas medidas pela: (1) prevenção, concretizada através da sensibilização e consciencialização para toda a população dos riscos e perigos que a Internet apresenta, como se podem proteger e a quem se devem socorrer em caso de risco de vitimização; mediante formações, seminários, palestras e campanhas, aumentando assim a *literacia informática*; (2) formação especializada dos

¹⁴¹ In *A problemática (...), op. cit.*, pp. 76-79

profissionais da área, tanto em técnicas de investigação e perseguição criminal, como em áreas das engenharias e tecnologias informáticas, psicologia criminal, ciências forenses, entre outras, de modo a conseguirem acompanhar as técnicas usadas no enredo pornográfico; (3) existência de maiores apoios financeiros e de recursos técnicos por parte dos Estados e de Organizações Internacionais, de modo a colmatar as falhas de recolha de tempo (seja por qualidade, seja por velocidade) para a condenação dos agentes; (4) uniformização e regulação legal internacional, tanto a nível penal como civil e administrativo, com vista ao melhoramento e desenvolvimento das redes de cooperação e coordenação internacionais dos organismos competentes, bem como a criação de uma rede de partilha de dados e informações, proporcionando comunicação, entreaajuda operacional, conhecimentos e, acima de tudo, uma articulação internacional em tempo real entre todas as entidades, mediante alertas de emergência que permitam uma resposta rápida e eficaz em qualquer ponto do mundo.

§9. Pornografia infantil em Portugal

9.1. Os primórdios do artigo 176.º do Código Penal

Diante do contexto *supra* exposto da realidade da pornografia com menores, que constitui um problema de dimensão internacional e que se tem vindo a ampliar com a evolução das novas tecnologias, cabe agora apresentar a realidade portuguesa e o tratamento que é dado às crianças no nosso ordenamento jurídico.

Atualmente, o crime de pornografia de menores encontra-se tipificado no art. 176.º do Código Penal¹⁴², sem com isto apresentar uma definição de pornografia infantil. Estatui o artigo que:

“1. Quem:

- a) Utilizar menor em espetáculo pornográfico ou o aliciar para esse fim;*
- b) Utilizar menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte, ou o aliciar para esse fim;*

¹⁴² Redação dada pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, que procedeu à última alteração do artigo.

- c) *Produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, os materiais previstos na alínea anterior;*
- d) *Adquirir ou detiver materiais previstos na al. b) com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exibir ou ceder;*

É punido com pena de prisão de um a cinco anos.

- 2. *Quem praticar os atos descritos no número anterior profissionalmente ou com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de um a oito anos.*
- 3. *Quem praticar os atos previstos nas als. a) e b) do n.º 1 recorrendo a violência ou ameaça grave é punido com pena de prisão de um a oito anos.*
- 4. *Quem praticar os atos descritos nas als. c) e d) do n.º 1 utilizando material pornográfico com representação realista do menor é punido com pena de prisão até dois anos.*
- 5. *Quem, intencionalmente, adquirir, detiver, aceder, obtiver ou facilitar o acesso, através de sistema informático ou qualquer outro meio aos materiais referidos na al. b) do n.º 1 é punido com pena de prisão até dois anos.*
- 6. *Quem, presencialmente ou através de sistema informático ou qualquer outro meio, sendo maior, assistir ou facilitar o acesso a espetáculo pornográfico envolvendo a participação de menores de 16 anos de idade é punido com pena de prisão até três anos.*
- 7. *Quem praticar os atos descritos nos n.ºs 5 e 6 com intenção lucrativa, é punido com pena de prisão até cinco anos.*
- 8. *A tentativa é punível.”*

Qualificado como um crime de perigo abstrato¹⁴³, devido às suas tão gravosas condutas para a autodeterminação sexual dos menores, a criminalização da pornografia infantil nem sempre foi feita nestes termos. O art. 176.º do CP

¹⁴³ MARIA JOÃO ANTUNES e CLÁUDIA SANTOS in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (...), *op. cit.*, p. 880; PINTO ALBUQUERQUE in *Comentário do Código Penal* (...), *op. cit.*, p. 551. Parcialmente de acordo com esta classificação, INÊS FERREIRA LEITE in *Pedofilia* (...), *op.cit.*, pp. 71-73, uma vez que diferentemente deste entendimento, classifica a al. c) do art. 172.º como crime de dano e resultado “(...) é, portanto, um crime de dano que pressupõe a lesão efetiva do bem jurídico autodeterminação sexual do menor. Trata-se também de um crime de resultado, abrangendo este a exposição do menor na fotografia, filme ou gravação de natureza pornográfica”. As als. d) e) do mesmo artigo, classificando-as de acordo com o *supra* exposto, um crime de perigo abstrato – “(...) a perigosidade implícita nestas condutas, se bem que não concretizada em algum bem jurídico concreto, seria suficiente para a sua incriminação, sem se preocupar, contudo, com a verificação em perigo ou lesão do bem jurídico liberdade sexual do menor”. A perigosidade, o risco de o bem jurídico ser lesado, é condição suficiente.

apresenta-se como um crime “novo”¹⁴⁴, na medida em que apenas passou a integrar o ilícito da pornografia infantil autonomamente aquando da reforma de 2007, que realizou uma extraordinária ampliação do crime na sequência da Decisão-Quadro 2004/68/JAI. Até então, o crime de pornografia com menores apenas se encontrava previsto nas alíneas do n.º 3 do antigo art. 172.º ¹⁴⁵, onde, a título do crime de abuso sexual de menores, se procurava proteger a autodeterminação sexual do menor através da punição dos atos sexuais praticados com o menor em *fotografias, filmes ou gravações pornográficas*. Comparando, verifica-se hoje que o conceito foi alargado, compreendendo a representação do menor, real ou figurada, por via de qualquer tipo de comportamento sexual e ainda a representação dos órgãos sexuais de uma criança, para fins predominantemente sexuais.

Porém, não era referida nenhuma noção que definisse o que era considerado *pornográfico* nem que caracterizasse o que se entendia por *objetos obscenos*, pelo que surgiram algumas diferenças doutrinárias neste campo. INÊS FERREIRA LEITE¹⁴⁶ identifica uma definição constante no art. 1.º, n.º 2 do DL n.º 254/76, de 07 de abril, no qual “*são considerados pornográficos ou obscenos os objetos e meios referidos no número antecedente que contenham palavras, descrições ou imagens que ultrajem o pudor público ou a moral pública*”, porém esta mesma Autora defende que é um conceito que não teve grande acolhimento na doutrina, sendo contra a sua aplicação, devido à referência ao pudor e à moral, conceitos que ficaram ultrapassados com a Reforma de 1995 e que não se refletem – sendo incompatíveis – no novo bem jurídico protegido: a autodeterminação sexual no menor. O que concordamos.

Sem conseguir definir-se um conceito, sob pena de não ficar incluída alguma forma de incriminação, sugere-se que se entenda por pornografia “*toda a representação ou descrição de atividade sexuais, sem um contexto científico, que seja*

¹⁴⁴ No entender de MOURAZ LOPES, “*este crime consubstancia um sintoma de neocriminalização no âmbito dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, pretendendo-se essencialmente atacar a utilização de crianças nos circuitos cinematográficos (e videográficos) de cariz pornográfico, criminalizando a difusão dessas imagens num circuito pedófilo cuja extensão é conhecida, mas relativamente incontrollável*”, in *Crimes contra liberdade e autodeterminação (...)*, op. cit., p. 152.

¹⁴⁵ “3. Quem: a) praticar ato de caráter exibicionista perante menor de 14 anos; b) atuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa obscena ou de escrito, espetáculo ou objetos pornográficos; c) utilizar menor de 14 anos em fotografia, filme ou gravação pornográficos; ou d) exhibir ou ceder a qualquer título ou por qualquer meio os materiais previstos na alínea anterior; é punido com pena de prisão até três anos”.

¹⁴⁶ In *Pedofilia (...)*, op.cit., p. 52.

objetivamente adequada à provocação ou excitação sexual”¹⁴⁷. Quanto aos “*objetos obscenos e pornográficos*”, os mesmos eram considerados objetos “*suscetíveis de provocar excitação sexual a terceiros e, por outro, ser idóneos a produzir dano no desenvolvimento fisiológico ou psicológico de pessoas imaturas*”¹⁴⁸.

Assumindo-se como conceito de pornografia a noção *supra* referida, o problema persistia em parte, pois ainda restava saber quando é que seria pornografia infantil. Assim, face à ausência de concretização de uma definição, recorria-se ao conceito previsto no Protocolo relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil¹⁴⁹. Outras discussões surgiriam ainda no âmbito deste crime, no entanto iremos retratá-las perante o atual art. 176.º.

9.2. Características da criminalização da pornografia infantil (176.º do CP)

No Acórdão do STJ de 12 de novembro de 2011¹⁵⁰, define-se pornografia infantil como um “*ato sexual chocante, aberrante, praticado em condições profundamente dissociadas do que é usual e conhecido, sem que se confunda com o mero erotismo. (...) É uma indústria milionária, das mais crescentes na Internet através de câmaras digitais e de webcams, tornando-se um negócio fácil e barato, tanto pela distribuição como aquisição pelos utentes da Internet*”. Julgamos que esta apresentação dada pelo Supremo retrata, de forma correta, o que consiste este tipo de atos, no entanto, a mesma não é exaustiva. Consideramos que se poderá ir mais além, até porque o tipo de crime prevê outras formas de prática destes atos, nomeadamente os moldes em que é colocado (*e.g.* fotografia, ainda utilizada e preservada pelos agressores sexuais segundo o modo tradicional, em suporte físico e não apenas digital). Passaremos a apurar a descrição do crime.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 54. Num sentido menos compreensivo, descrevem os autores MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO (in *Código Penal (...)*, *op. cit.*, p. 733) que “*será pornográfica a representação grosseira da sexualidade que faz da pessoa um qualquer objeto despersonalizado para fins predominantemente sexuais. trata-se do desempenho da atividade sexual reduzida aos seus elementos externos, por forma explícita, real ou simulada*”.

¹⁴⁸ MOURAZ LOPES, in *Crimes contra liberdade e autodeterminação (...)*, *op. cit.*, p. 117.

¹⁴⁹ Relembrando, “*representação, por qualquer meio, de uma criança envolvida em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins primordialmente sexuais*” – art. 2.º, al. c)”.
¹⁵⁰ Acórdão do STJ de 12 de novembro de 2011 (Processo n.º 4/10.5GBBFAR.E1.S1), disponível em www.dgsi.pt.

Bem jurídico¹⁵¹. O que se pretende tutelar neste ilícito criminal? Com a Reforma de 1995, cortou-se a ligação ao pudor, moral e bons costumes e tutelou-se a liberdade e a autodeterminação sexual. “(...) assim também a ideia de atentado ao pudor é substituída pela de respeito pela autodeterminação sexual. Já não é o pudor da criança ou do jovem que está em causa – ele pode, até, ser inexistente e nem por isso o crime deixa de existir ou o direito ficciona um pudor inexistente – mas a convicção legal (*iuris et de iure*, dir-se-ia) de que abaixo de uma certa idade ou privada de uma certa dose de autodeterminação a pessoa não é livre de se decidir em termos de relacionamento sexual”¹⁵².

Indo ao encontro do que temos dito, em causa está a autodeterminação sexual do menor, que pela sua carência em termos cognitivos e volitivos, é incapaz de fazer um juízo de valor na área da atuação sexual. “(...) O bem jurídico protegido é assim ainda a liberdade, aqui vista na sua faceta de autodeterminação”¹⁵³. Porém, e neste sentido perfilhamos a posição de ANA RITA ALFAIATE¹⁵⁴, pois neste tipo de crime não entendemos que seja suficiente falar apenas da liberdade e autodeterminação sexual, do pelo que julgamos haver mais para além do olhar. Tutelando não só o direito de escolha da prática de atos sexuais, deverá também ser levada em conta a proteção da sua infância (enquanto infantes) e juventude (enquanto jovens), direito fundamental que lhe assiste (cfr. art. 69.º da CRP ¹⁵⁵ ¹⁵⁶) e que garante o bem supremo, a dignidade do menor (a dignidade da pessoa humana, o *prius* do nosso ordenamento – art. 1.º da CRP). Exemplificando com a prostituição (art. 184.º, al. b) do CP), mas estendendo a lógica analógica à

¹⁵¹ “Expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”, cuja lesão se revela digna e necessária de pena. Assim, sempre que existir um bem jurídico digno de tutela penal, aí deve ter lugar a intervenção correspondente – FIGUEIREDO DIAS in *Direito Penal* (...), *op. cit.*, p. 114.

¹⁵² BELEZA, Teresa Pizarro, in *Sem sombra de pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal*, Separata de Jornadas de Direito Criminal, Revisão do Código Penal, Lisboa: Centro Estudos Judiciários, 1996, p. 15.

¹⁵³ BELEZA, Teresa Pizarro in *A Revisão da Parte Especial* (...), *op. cit.*, p. 113.

¹⁵⁴ In *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores* (...), *op. cit.*, pp. 96-99.

¹⁵⁵ “Art. 69.º: 1. As crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral (...); 2. O Estado assegura especial proteção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal.”

¹⁵⁶ “Por isso, o Estado vinculado positivamente pelos direitos fundamentais, tem o dever de proteger o interesse dos filhos e, em última análise, o dever de proteger a vida, a integridade pessoal, o desenvolvimento da personalidade e outros direitos fundamentais dos filhos” (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, in *Constituição Portuguesa Anotada* – Tomo I, Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º, Coimbra Editora, 2005, p. 708).

pornografia infantil, vem a Autora sustentar que *“em causa está o perigo que representa para a infância e a juventude o exercício de prostituição nestes locais frequentados por menores, como sejam as imediações de uma escola, não sendo, por conseguinte, a liberdade de qualquer menor que se protege com o crime, mas a integridade do desenvolvimento de uma geração. Do mesmo modo, só aceitação da emergência deste novo bem jurídico justifica algumas das novas incriminações do nosso Código Penal, sendo justamente por aí que vai a nossa opção”*. Com a proteção da sua autodeterminação e dignidade, permite-se que cresçam sem o trauma que mudará as suas vidas – *“a proteção da infância e juventude surge como meio através do qual é protegido o espaço de realização da proteção da liberdade sexual dos menores”*. É a criança que deve ser protegida como tal.

Ora, cabe agora apreciar quem é a *criança* e quem encontra abrigo no art. 176.º, pois é através do critério da idade (*in casu* menoridade) que podemos distinguir a pornografia infantil da pornografia comum¹⁵⁷. Anteriormente, previamente à Reforma operada pela Lei n.º 59/2007, previa-se no art. 172.º a criminalização da exploração sexual de menores de 14 anos. No entanto, aquando da adequação da legislação nacional à Convenção do Cibercrime, aquele alterou o limite etário para ir de encontro à previsão da Convenção, que abarcava no conceito de menor toda a pessoa que ainda não tivesse completado o décimo oitavo ano de vida¹⁵⁸. Aparentemente, apesar de o legislador não o ter afirmado expressamente no art. 176.º do CP, assume-se que foi sua intenção englobar todos os sujeitos com idade inferior aos dezoito anos, essencialmente por dois motivos: primeiro, se pretendesse realmente fixar outra idade que não aquela que se assume, teria estatuído da mesma forma (clara) as diferenças que gostaria de fazer sentir, tal como concretizou nos arts. 171.º a 174.º do CP; e segundo, porque podia ter querido ir de encontro à Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo ¹⁵⁹ que no seu art. 5.º, al. a), considera como *“criança ou jovem, a pessoa com menos de 18 anos ou a pessoa com menos de 21 anos que solicite a continuação da intervenção iniciada antes de*

¹⁵⁷ Não consubstancia um crime. É entendida como uma prática de liberdade de expressão, uma forma de arte.

¹⁵⁸ Art. 9.º, n.º 3 da Convenção do Cibercrime: *“Para efeitos do n.º 2, a expressão «menores» deverá abranger qualquer pessoa com menos de 18 anos de idade. Qualquer uma das Partes pode impor um limite de idade inferior, não podendo, contudo, ser fixado abaixo dos 16.”*

¹⁵⁹ LPCJP – Lei n.º 147/99, de 01 setembro.

atingir os 18 anos”, de modo a providenciar uma maior uniformização jurídica do ordenamento. No entanto, atendendo aos limites cedidos nos arts. 171.º a 174.º e não tutelando a liberdade e autodeterminação sexual do menor em demasia, sob pena de a *sacrificar*, a faixa etária pela qual qualquer pessoa é protegida sob a égide dos atos pornográficos, concebemos que o limite poderia situar-se nos 16 anos de idade, concedendo uma maior margem de decisão ao exercício, ou não, da sua liberdade sexual, caso pretenda praticar esses atos de foro sexual. LUCIANA COSTA aponta ainda outro fator, para esta fixação dos 18 anos de idade: à luz das infrações relacionadas com a pornografia infantil, torna-se muito difícil de distinguir no material pornográfico, um sujeito de 16 e outro de 18 anos de idade¹⁶⁰. Para nós, este fator é de bastante relevo, pois levanta outro tipo de problema em termos de prova – havendo sérias dúvidas sobre se o menor (ou não) se encontra no material pornográfico, durante a apreciação da prova, poderá ser suficiente para suscitar dúvida razoável e, com isso, absolvição do crime. Não que seja o critério fundamental, mas o desenvolvimento físico de um jovem entre os 16 e os 18 anos de idade já não apresenta tanta diferença. Mais, também a nosso ver o n.º 6 do art. 176.º aponta para este sentido: menciona o artigo que o limite de 16 anos de idade [(...) *envolvendo a participação de menores de 16 anos de idade é punido (...)*], através de uma concretização clara onde o legislador criminaliza a assistência e o acesso a espetáculo pornográfico que envolva indivíduos até àquela idade. Faz pensar o porquê de o legislador não ter concretizado nos outros números assim como fez neste caso. Serão assim tão diferentes as ações de utilização e aliciamento do menor em espetáculos, meios vídeo-fotográficos, produção, distribuição, exibição, posse, etc. do “*assistir ou facilitar o acesso a espetáculo pornográfico*”? Julgamos que não, pelo que, atendendo às razões indicadas, seguimos pela defesa de um estabelecimento etário na faixa dos 16 anos de idade. De um lado oposto, já que referenciámos quem cabe na previsão da norma e quem fica abrangido pela sua tutela (a vítima), cabe também identificar o autor: o agente infrator que incorre no crime de pornografia infantil será todo o ser, homem ou mulher, que pratique (pelo

¹⁶⁰ Salva-guarda a autora que apenas se consegue distinguir se “(...) *estivermos diante de casos cuja idade seja muito inferior aos 18 anos, parâmetros de desenvolvimento físico que permitam assegurar, com total certeza, que se trata verdadeiramente de um menor*”. In *A difusão da pornografia infantil pela Internet: sentido e limites de uma incriminação*, Dissertação de Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Universidade de Lisboa, 2005/2006, p. 51.

menos) um dos factos previstos no art. 176.º do CP, desde que maior de 16 anos de idade (cfr. art. 19.º do CP relativo à inimputabilidade).

9.3. Modalidades do tipo de crime

São diversas as modalidades de práticas ilícitas descritas no n.º 1 do art. 176.º que utilizam o menor, seja através de uma utilização direta (alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 176.º) ou indireta (restantes alíneas do n.º 1) do mesmo¹⁶¹. No que concerne à al. a) do n.º 1 do presente artigo, a participação do menor em espetáculo pornográfico¹⁶² pode envolver a prática pelo menor de atos sexuais de relevo, de contacto de natureza sexual, exibicionistas ou apenas a sua presença física, exposta no meio dos outros intervenientes no espetáculo de teor sexual. Ao tipo de espetáculo, não se exige qualquer tipo de requisito para a sua condenação, não tendo que ser obrigatoriamente privado nem remunerado: é condição suficiente o espetáculo ser destinado a terceiros que queiram ir assistir, podendo também o agente infrator decidir se intervém no espetáculo ou se assume o papel de mero espectador/ouvinte. Às situações de aliciamento, comparam-se os casos de verdadeira instigação e de domínio, com a pequena agravante de que, neste caso, o executor (aliciado) é um menor.

Na al. b), do n.º 1 do presente artigo, pune-se a utilização do menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte, ou o aliciar para esse fim. Julgamos ser a aceção mais tradicional que vai ao encontro da noção que o cidadão comum tem sobre a criminalização do crime, onde o menor é usado num contexto sexual para mera satisfação do agente. O artigo não exige um formato específico do material pornográfico, podendo este ser digital, físico, entre outros.

¹⁶¹ MOURAZ LOPES in *Crimes contra a liberdade e autodeterminação (...)*, op. cit., p. 153, apresenta a distinção entre a utilização direta e indireta de menores, mediante uma violação direta do bem jurídico através da atividade do infrator, seja na intervenção direta, seja no aliciamento para participar nos mesmos – é fazer dele ator, participante ou modelo. Já no segundo caso, as condutas postas em prática pelo agente não se revelam diretamente na afetação do bem jurídico da liberdade e autodeterminação do menor.

¹⁶² Entenda-se por espetáculo pornográfico, o aglomerar de várias pessoas que se juntam com o único objetivo de assistir e/ou intervir em ato adequado a excitar sexualmente a criança, de acordo com PINTO DE ALBUQUERQUE in *Comentário do Código Penal (...)*, op. cit., p. 538.

Quanto à al. c), em nome da batalha contra o tráfico e exploração de menores, visa-se tutelar a perigosidade que os factos atinentes ao crime constituem em relação ao tráfico de material pornográfico, punindo-se qualquer forma de concretização, transmissão e propagação do ilícito, desde a criação do material até à sua transmissão, isto é, mesmo a produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição e cedência de fotografias, filmes ou gravações pornográficas com crianças é punida, independente da forma pela qual é realizada, pelo que qualquer meio de comunicação¹⁶³ se insere no tipo penal (para um acompanhamento da conceção do que estas noções representam, seguimos PINTO DE ALBUQUERQUE¹⁶⁴). Poderíamos pensar no porquê de a distribuição de pornografia com menores ser criminalizada, uma vez que não há contacto com o menor nem se utilizam as matérias pornográficas para visualização, uma vez que não são necessariamente abusadores sexuais de crianças. Assim, esclarecendo esta dúvida, julgamos que a decisão do legislador em punir também os distribuidores de pornografia infantil (na verdade, traficantes), foi no melhor sentido pois, apesar de muitas vezes o traficante apenas se limitar a tratar o material realizado, a gravar em ficheiros, a digitalizar fotografias e a promover a sua propagação (por ex., criando uma página na Internet, que reduz os riscos de ser apanhado aquando da caça a novos clientes, bem como na transmissão do material), esta será também uma oportunidade de mercado e uma fonte de rendimentos para o distribuidor.

Por fim, relativamente à última alínea do n.º 1 do art. 176.º, esta pune a aquisição e detenção de materiais pornográficos com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder. Relativamente à expressão *com o propósito*, a mesma foi inicialmente idealizada como “*com intenção*” na proposta de lei que deu origem ao crime. No entanto, substituiu-se pelo conceito atualmente vigente, qualificando este crime como intencional, pois o tipo contém uma intenção,

¹⁶³ Seguimos, “(...) todos os meios de comunicação conhecidos, sejam publicações escritas, meios audiovisuais, mas também a divulgação por via telemática, ou seja, através de computadores, redes digitais (v.g. Internet), telemóveis ou outros aparelhos eletrónicos que permitam a visualização de imagens ou o registo de som” – In *Crime de liberdade e autodeterminação (...)*, op. cit., p. 154, MOURAZ LOPES.

¹⁶⁴ “A importação e a exportação de materiais pornográficos inclui o transporte de ou para outro país, seja remunerado ou não. A divulgação de materiais pornográficos inclui a publicitação a uma ou mais pessoas, desde que não tenham participado na produção de materiais. A exibição de materiais pornográficos inclui a mostra a uma ou mais pessoas desde que não tenham participado na produção na produção de material. A cedência de materiais pornográficos inclui a venda, o aluguer, a doação, o empréstimo gratuito ou qualquer outra forma de transferência da detenção a terceiros que não sejam participantes na produção” in *Comentário do Código Penal (...)*, op. cit., p. 552.

como indica MOURAZ LOPES, sem com isso exigir a verificação de um resultado – a intenção é condição bastante¹⁶⁵. Por outro lado, caso a finalidade do agente seja outra que não o propósito de exhibir ou ceder, revela ainda aquele Autor que este não será punido sob a alçada da al. d) do 176.º, n.º 1 do CP¹⁶⁶.

A qualidade onerosa ou gratuita não é elemento constituinte do tipo, havendo criminalização dos atos descritos independentemente do carácter que assume. No entanto, quando praticado com intenção lucrativa (e esta previsão aplica-se a qualquer uma das alíneas do n.º 1 do 176.º) a pena de prisão é superior, sendo o sujeito punido com pena privativa de liberdade de um a oito anos, ao abrigo do art. 176.º, n.º 2 do CP. Esta agravante surge com o objetivo de punir mais severamente quem faz negócio, vive desta atividade e a difunde, sem prejuízo de outras agravantes qualificativas constantes no art. 177.º do CP.

No que ao n.º 3, do art. 176.º do CP nos diz respeito, este prevê uma nova incriminação dada pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, com a incriminação das condutas previstas nas alíneas a) e b) do número anterior quando praticadas com recurso a violência ou ameaça grave, punindo-se de forma qualificada. Para nos ajudar a compreender melhor o que se deverá entender pelas noções de *violência* e *ameaça grave* introduzidos no novo n.º 3, ANDRÉ LAMAS LEITE¹⁶⁷ define violência como o uso de força, tanto física como psicológica, de modo a constituir uma imputação objetiva, entre o emprego dessa força e o resultado ilícito; e ameaça grave, como toda a promessa de inflição e sujeição a um mal futuro, apta a condicionar a livre vontade do menor, de modo a que este seja conduzido a praticar (ou a omitir) a ação que o agente agressor pretende – a sua punição não está sujeita a condição, ou seja, independentemente de a intimação se concretizar ou não, o simples ameaçar é suficiente para condenar o agente.

No que concerne ao n.º 4, este prevê uma nova incriminação que surge aquando a Reforma de 2007, que teve por base a Decisão-Quadro 2004/68/JAI: a punição do agente que utilize material pornográfico com representação realista de

¹⁶⁵ PINTO DE ALBUQUERQUE, *Ibidem*, p.552.

¹⁶⁶ In *Crime de liberdade e autodeterminação (...)*, op. cit., p. 155. Aponta, como exemplo, que quando se demonstre que a finalidade era a destruição do material pornográfico, este agente não é criminalmente punível – a intenção é diversa.

¹⁶⁷ In *As alterações de 2015 ao Código Penal (...)*, op. cit., p. 68.

menor. Guardaremos as novas considerações relativamente a este número do art. 176.º para o capítulo IV.

De modo a tentar combater a dinâmica da procura vs. oferta de material pedopornográfico e no sentido de atuar em conformidade com a Lei do Cibercrime, mediante o uso de sistemas informáticos¹⁶⁸ ou qualquer um dos outros meios elencados na al. b), do n.º 1 do art. 176.º, criminaliza-se no n.º 5 do presente artigo do CP a aquisição, detenção, acesso e obtenção de material pornográfico, independentemente do propósito de divulgação (i.e., destinado a consumo próprio sem o objetivo de o pôr a circular) bem como o facilitar do acesso a elementos de foro sexual com menores. Na versão anterior deste número, procurava-se punir apenas a detenção ou posse e não a consulta e visionamento – especialmente nos casos de consulta no espaço digital – o que abria dificuldades na avaliação da conduta do agente quando o visionamento implicava um *download*¹⁶⁹ (automático, ou não) do material pornográfico. Nestes casos, teria que haver uma averiguação da existência de conduta dolosa – ainda que a título de dolo eventual – implicando que, caso se concluísse pela sua inexistência, não poderia haver criminalização¹⁷⁰. Criticava-se também a criminalização da posse em geral¹⁷¹, que surge como forma

¹⁶⁸ A noção adotada é a constante do art. 2º, al. a), da Lei (n.º 109/2009) do Cibercrime: “(...) a) «sistema informático», qualquer dispositivo ou conjunto de dispositivos interligados ou associados, em que um ou mais de entre eles desenvolve, em execução de um programa, o tratamento automatizado de dados informáticos, bem como a rede que suporta a comunicação entre eles e o conjunto de dados informáticos armazenados, tratados e recuperados ou transmitidos por aquele ou aqueles dispositivos, tendo em vista o seu funcionamento, utilização, proteção ou manutenção”.

¹⁶⁹ Assim, MOURAZ LOPES in *Crime de liberdade e autodeterminação (...)*, op. cit., p. 159. Também o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 17 de março de 2015 (Processo n.º 524/13.0JDLSB.E1), vai neste sentido ao pronunciar que “o «download» dos materiais pornográficos não se configura como atividade importadora, por maioria de razão quando o legislador a coloca a par de outras como a produção, distribuição e exportação de materiais”. De outra perspetiva, mas no mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03 de dezembro de 2014 (Processo n.º 4190/11.9TAGDM.P1) pune o(s) download(s) porque conseguiu-se averiguar e provar o dolo do agente, pelo que não podia afastar-se a despenalização do download (mesmo que fosse apenas para uso pessoal) – veja-se: “fazer download de dados de pornografia de menores, de um servidor para o seu dispositivo informático pessoal, relativos a ficheiros de imagens, integra o conceito de importar previsto na al. c) do n.º 1 do art. 176.º CP. (...) Agiu o arguido de forma livre, voluntária e consciente ao fazer download das imagens contendo cenas de pornografia infantil em que participavam crianças com idades entre os 4 e os 12 anos e adolescentes com idades entre os 14 e os 16”. Acórdãos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹⁷⁰ RODRIGUES, Ana Paula, in *Pornografia de menores: novos desafios (...)* op.cit., p. 273.

¹⁷¹ Neste sentido, ANA RITA ALFAIATE In *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores (...)*, op. cit., p. 120, “O legislador aceitou que não tem dignidade penal a conduta do que vê aquela fotografia, não reportando no tipo qualquer elemento a este respeito. (...) Se não se pune a detenção (neste n.º 4 do artigo) pelo perigo de divulgação da fotografia e não se pune o ato de a olhar, o que se pune é detê-la, na mera intenção de o agente a deter, o que de maneira nenhuma pode justificar-se à luz, sequer, de um perigo de perigo para a infância e a juventude”.

de combater uma das fases finais da cadeia de tráfico, também através da luta da distribuição, bem como da erradicação desta forma de comércio. A ordem das críticas vai no sentido do retrocesso à tutela de questões de ordem meramente moral, pelo que, sendo a moral e pudor os únicos pontos a tutelar, não teríamos um bem jurídico em causa, logo, criminalizar a posse seria inválido – estar-se-ia a exceder o âmbito de limitação de intervenção penal, violando o princípio da necessidade, proporcionalidade e subsidiariedade.

Ousamos discordar deste ponto de vista. Primeiro, atendendo ao ato de “aceder” previsto hoje na lei, julgamos que esta questão não se coloca – mesmo nos casos em que automaticamente se faça a descarga do conteúdo para o computador, há a intenção de procurar e visualizar materiais pornográficos com menores, pelo que a intenção dolosa do agente estará sempre verificada, pois atualmente a lei já aparenta fazer referência ao autoconsumo do material. Contudo, mesmo relativamente à previsão anterior a 2015, não iríamos ao encontro do entendimento da posse ilegal, pois sendo apenas um mero consumidor, mesmo sem lesar diretamente o menor (pode mesmo nunca ter tido contacto sexual com nenhuma criança em toda a sua vida nem saber quem são os *atores* do material que consome), o utilizador propaga e incentiva a realização do crime. Obstante a qualquer objeto de censura quanto ao consumo, expliquemos. Fazendo um paralelo com a estrutura do mercado económico, o papel do consumidor revela-se muito importante na medida em que, a partir do momento em que existe um sujeito à *procura* de material pornográfico, haverá resposta *oferta* no mercado, pois face a um comportamento predominante dos consumidores para a aquisição de bens, haverá sempre a tentativa de resposta para a satisfação dessas necessidades. E o mesmo se passará no mercado pornográfico. Havendo procura de material pedopornográfico, o modo de proporcionar e enfrentar essa procura, será mediante a produção desses elementos que envolvem (“obrigatoriamente¹⁷²”) o uso de crianças na prática de atos sexuais e, conseqüentemente, o aumento de tráfico e exploração sexual destes – assim, haverá sempre, mas sempre, a lesão do bem jurídico inerente à criança na conduta associada à produção (que envolve depois todas as ações posteriores de distribuição e divulgação) do material para que o consumidor possa “só” satisfazer

¹⁷² Mas não necessariamente crianças de *carne e osso*.

os seus desejos e fantasias sexuais¹⁷³. Entramos num círculo vicioso: inicia com a procura do consumidor; o produtor, com vista à obtenção de capital, produz; com a produção, distribui e divulga; divulga e promove a importação/exportação do material para outros consumidores; e voltamos ao início da cadeia. Pelo meio de todo este procedimento, o material propaga-se e novos abusadores tomam conhecimento e entram para a rede de tráfico de material pornográfico. É, portanto, fulcral prevenir e punir qualquer tipo de acesso a matérias pornográficas com crianças, bem como a aquisição de qualquer material, independentemente do meio utilizado para a sua propagação.

Por fim, pune-se no n.º 6 do art. 176.º, de forma a abranger todas as etapas da produção, comercialização, detenção, uso e cedência, a mera assistência (presencial ou através de sistema informático ou qualquer meio de índole tecnológica) ou a facilitação do acesso a espetáculo pornográfico, que envolva a participação de menores de 16 anos de idade – uma vez mais se reforça a *intentio legis* de erradicar todas as formas de manifestação que contribua para a existência e desenvolvimento do crime de pornografia de menores, combatendo as necessidades internacionais e adequando a criminalização ao estilo de punição europeu.

Também quanto a estes dois últimos números referidos, cabe dizer que, à semelhança do exposto quanto ao n.º 2 do presente artigo, por força do n.º 7, se os atos descritos nos n.ºs 5 e 6 forem praticados com vista à obtenção de lucro, os mesmos revestem a forma de crime de pornografia de menores qualificada.

Quanto à tentativa? Sempre punível (176.º, n.º 8 do CP)¹⁷⁴.

¹⁷³ Em acréscimo a tudo o que foi dito, podemos ainda dizer que: 1) a posse é equivalente ou pior ainda que o efetivo abuso sexual de crianças, ou seja, a pornografia infantil não só é apenas uma gravação de abusos sexuais como se traduz numa forma de abusar sexualmente de crianças e promover a exploração sexual; 2) a posse e visualização de pornografia infantil aumenta o risco individual de vir a cometer crimes sexuais, isto é, abusar de crianças, pelo que se deve ter uma atitude preventiva e castigar a posse; 3) a “*proxy punishment*”, uma procuração que punisse pela posse de pornografia infantil podia ser também uma forma de evitar o abuso sexual de crianças – neste sentido, HESSICK, Carissa in “*Disentangling child pornography from child sex abuse*”, [Internet] disponível em http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol88/iss4/2/, [consultado a 16 de outubro 2016, e acedido por heinonline.org (citação: 88 Wash. U. L. Rev. 853 2010-2011 – <https://www.copyright.com/ccc/basicSearch.do?&operation=go&searchType=0&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0043-0862>)], p. 864-886.

¹⁷⁴ MOURAZ LOPES, in *Crime de liberdade e autodeterminação (...)*, op. cit., p. 159 mostra que a punição da tentativa surgiu com o objetivo de englobar todo o tipo de condutas relacionadas com a utilização de menores. Aponta como exemplo as conversas mantidas via Internet (ou de outro meio de comunicação) para a manutenção de contactos com outros agressores e a fomentação de um possível relacionamento que permita a abordagem a contactos de natureza sexual com as vítimas.

CAPÍTULO IV

PORNOGRAFIA INFANTIL VIRTUAL

Da revisão ao Código Penal em 2007, resultou a seguinte criminalização (prevista hoje no art. 176.º, n.º 4): “*Quem praticar os atos descritos nas alíneas c) e d), do n.º 1 utilizando material pornográfico com representação realista do menor é punido com pena de prisão até dois anos*” – a nominada pornografia infantil virtual ou, como alguns Autores também ousam chamar, a pseudopornografia infantil¹⁷⁵. Assim, punem-se as imagens realistas de crianças não existentes (ou pelo menos na sua totalidade, como veremos nos casos de manipulação de imagem), compreendendo tanto representações produzidas ou criadas de modo artificial como a utilização de pessoa real com aspeto de menor com vista a criar a ilusão de um menor, em ambiente de foro sexual, à semelhança do que é retratado na pornografia com crianças.

§10. Tipificação e concretização do ilícito penal

É com o desenvolvimento tecnológico que esta modalidade de pornografia com recurso a menores surge uma vez que as tecnologias e, neste caso em especial, os computadores, têm vindo a revolucionar o mundo da pornografia infantil, emancipando os agentes violadores a disporem de ainda mais material, tanto para satisfação e desejo sexual pessoal como para aliciar crianças para a consumação de atos sexuais. Retratada no nosso ordenamento desde 2007 e tipificada no art. 176.º, n.º 3 do CP, identificando-se pela expressão “*representação realista do menor*”, esta neocriminalização da pornografia infantil vem na linha das transformações legislativas internacionais. Em especial, tem como fonte a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, que impõe nesta matéria que os Estados-Membros, segundo a definição que apresenta no seu artigo primeiro, alínea b), punam material pornográfico com imagens realistas de crianças não existentes; o Protocolo

¹⁷⁵ ALBERGARIA, Pedro Soares; LIMA, Pedro Mendes, in *Crime de detenção de pseudopornografia infantil – evolução ou involução?*, Revista Julgar, n.º 12 – Especial (setembro-dezembro 2010), 2010, p. 195.

Facultativo à Convenção sobre os direitos das crianças relativos à venda de crianças, através do seu art. 2.º ; e a Convenção do Cibercrime, que estatui no n.º 2 do seu art. 9.º. Em todas estas tipificações, a lei é clara: terá de haver uma representação realista do menor, seja através do *uso de uma pessoa com aspeto de menor envolvido em comportamentos sexualmente explícitos*, seja mediante o uso de *imagens realistas de um menor envolvido em comportamentos sexualmente explícitos*.

O elemento tipo de “representação realista” de menor, pode originar vários tipos de atuação, permitindo-nos criar duas grandes classes para classificar a criança no crime de pornografia. Assim, poderemos ter pornografia com criança real, assumindo a tipificação do art. 176º onde existem crianças “*de carne e osso*” que são instrumentalizadas na criação e promoção de material de índole sexual (toda a forma de pornografia com recurso a menores retratada até então); e, poderemos ter pornografia com criança aparente, na qual não é usada uma criança para a produção de material, retratando-se a então *representação realista*.

Relativamente aos atos de pornografia com criança aparente que traduzem uma representação da criança, entendemos que poderá ainda fazer-se uma subdivisão desta classe, distinguindo a representação realista com criança virtual da representação realista com criança aparente¹⁷⁶.

No primeiro caso, retrata-se a ficção do menor, é o tipo de pornografia que advém dos avanços da tecnologia que tornaram possível a criação de pornografia e têm vindo a contribuir exponencialmente para o consumo deste material. Aqui, o menor é apenas uma figura criada informaticamente à semelhança de uma criança real, com um design incrível e que permite passar a ideia de que se trata realmente de uma criança – graças aos avanços tecnológicos, estas ações são possíveis e são tão bem elaboradas que se torna (cada vez mais!) difícil distinguir as crianças concebidas no mundo digital das crianças concebidas no mundo real. Contudo, neste tipo de pedopornografia virtual total, não são exclusivos os casos em que não é usado um menor, pois poderá haver uma criação digital total ou parcial. Apesar da criação digital e de todo o trabalho a ela inerente ser em proporção maior, este tipo

¹⁷⁶ MARIA JOÃO ANTUNES e CLÁUDIA SANTOS in *Comentário Conimbricense do Código Penal (...)*, op. cit., pp. 883-885; RODRIGUES, Ana Paula, in *Pornografia de menores: novos desafios (...)* op.cit., pp. 272 e 273; MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO in *Código Penal (...)*, op. cit., pp.733 e 734; PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal (...)*, op. cit., p. 552, entre outros.

penal caracteriza-se também pela possibilidade de o agente infrator usar parte de uma fotografia e/ou vídeo que represente o menor (mesmo que sejam fotos do menor num contexto do dia a dia sem referência a qualquer manifestação sexual), e que a partir daí, através de modificação digital, consiga gerar material pornográfico com menores. E veja-se ainda outra forma de criar material pornográfico para adicionarmos ao leque. Afirma ADAM J. WASSERMAN¹⁷⁷ que estes abusadores informáticos conseguem, através da digitalização de imagens de crianças e de softwares gráficos, retirar a roupa das crianças e enquadrá-las em posições sexuais, iludindo o consumidor.

Já no caso de representação realista com criança aparente, estamos perante situações de pedopornografia virtual. Aqui, sob forma alguma é utilizada a criança – nem parcial nem totalmente – pois o material pornográfico é realizado exclusivamente por adultos, pretendendo criar a ilusão da existência de crianças e de que as mesmas são reais. Porém, a intenção desta representação (caso contrário, não seria criminalizado, uma vez que a pornografia comum, i.e., a que é realizada entre adultos, não é punível) será demonstrar a prática de atos sexuais como se de dois menores se tratasse, apenas sendo possível devido à aparência física destes maiores de idade – fazem crer que são corpos de jovens ali representados – pretendendo-se (e conseguindo-se) iludir o consumidor que são menores envolvidos em atos lascivos¹⁷⁸. Também ADAM J. WASSERMAN¹⁷⁹ aponta um outro tipo de categoria que consideramos enquadrável na área da representação realista

¹⁷⁷ In *Virtual.child.porn.com: Defending the constitutionality of the criminalization of computer-generated child pornography by the Child Pornography Prevent Act of 1996 – A reply to Professor Burke and other critics*, Harvard Journal on Legislation, 1998, [Internet], disponível em <http://harvardhrlj.com/>, [consultado a 16 de outubro de 2016, por heinonline.org (citação. 35 Harv. J. on Legis. 245 1998 – <https://www.copyright.com/copyright/copyright.do?&operation=go&searchType=0&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0017-808X>)], p. 246.

¹⁷⁸ KHAN, Khalid demonstra no seu estudo (que incide sobre asiáticos) a enorme dificuldade em distinguir entre imagens se se trata de uma criança ou de um adulto. Menciona que devido à sua fisionomia se caracterizar por baixa altura e peso e devido fatores como uniformes escolares, apanhados de cabelo e tranças, zonas púbicas depiladas e maquilhagem, se tornava muito fácil em distorcer a imagem para parecerem mais novos. Mais in *Child Pornography on the Internet*, The Police Journal – 2000 January Edition, [Internet], consultado a 16 de outubro 2016, e acedido por heinonline.org (citação: 73 Police J. 7 2000 – <https://copyright.com/copyright/copyright.do?&operation=go&searchType=0&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=00032-258X>)], p. 11.

¹⁷⁹ *Ibidem.*, p. 246. Neste sentido, também SHIRAZI, Emanuel, in *How constitutionally protect against virtual child pornography*, Hastings Comm/Ent L.J., 2002/2003, [Internet], consultado a 16 de outubro 2016, e acedido por heinonline.org (citação: 25 Hastings Comm. & Ent. L.J. 343 2002-2003 – <http://www.copyright.com/copyright/copyright.do?&operation=go&searchType=0&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=1061-6578>), p. 344.

com criança aparente, uma vez que também recorre a adultos para criar uma ilusão. Assim, aponta o Autor uma técnica denominada de “*morphing*” (abreviatura de “*metamorphosing*”), na qual os criadores pornográficos conseguem transformar imagens de modelos adultos em imagens pornográficas de crianças através do preenchimento de pequenos espaços entre objetos semelhantes, criando uma imagem combinada – cria-se material pornográfico através de softwares que, segundo o Autor, não revelam grandes custos, pelo que só apenas podemos imaginar a dimensão da quantidade de material que é produzida para satisfazer este mercado pedopornográfico.

Face a este extenso catálogo de maneiras de atingir a esfera do menor, compreende-se a sua criminalização no nosso ordenamento jurídico. Contudo, este não se apresenta como um ponto consensual uma vez que se entende que se extravasa a medida do necessário de intervenção penal para punir um crime “sem” crianças. Vejamos.

§11. Críticas à criminalização da pornografia infantil virtual

Aquando da previsão da criminalização da pornografia infantil virtual, muitas críticas foram tecidas contra tal ato, argumentando e discutindo tanto o bem jurídico, como o extravasar da lei penal, que contendia com outros direitos fundamentais do cidadão. A ausência de um bem jurídico de proteção resultaria num direito penal injusto e ético-socialmente intolerável por violação de princípios gerais da ordem penal.

Comecemos primeiro por tentar identificar o bem jurídico em questão neste tipo de crime. À semelhança do que foi dito, diríamos que seria o mesmo que fundamenta a legalização da pornografia infantil: a infância e juventude do menor de idade com vista à proteção da dignidade humana deste e por força do abuso e exposição de atos sexuais, bem como por uma tutela da sua autodeterminação sexual. Contudo, compreendemos – e apenas este – o argumento relativo à discussão envolvente do bem jurídico pois, porquanto não existe uma criança real a ser afetada e instrumentalizada, tratando-se apenas de uma figura virtual – os direitos violados são apenas de crianças virtuais, pessoas criadas digitalmente, sem vida, sem

capacidades cognitivas, sem possibilidade de sentir... tanto a angústia da violação como a dor física dos atos brutais a que são sujeitos. Neste sentido, MOURAZ LOPES afirma que “*não é identificável qual o bem jurídico que se pretende tutelar, sendo claro que não é, de todo, a liberdade e autodeterminação sexual que está em causa porquanto, no caso, nem sequer menores (...) existem*”¹⁸⁰. Neste seguimento, também ANA RITA ALFAIATE¹⁸¹ acompanha o entendimento do Autor e, adicionalmente, acrescenta que criminalizar este tipo de condutas, mais não é do que voltar a proteger valores morais e condenar condutas por pura censura ética, posicionando-se pela descriminalização do crime para uma válida intervenção penal. Também INÊS FERREIRA LEITE critica as concepções morais e sociais que prevalecessem à custa de restrições injustificadas das liberdades do cidadão e afirma que não se encontra “*um bem jurídico que coloque de forma clara em risco, para além da moral ou dos sentimentos gerais à sociedade, e que não possa ser tutelado de outra forma, com respeito pelos princípios constitucionais da necessidade e proporcionalidade*”¹⁸². A moralidade não é motivação suficiente para a intervenção penal na vida em sociedade.

Além do mais, argumenta-se que, em função de concepções morais, estão a violar-se outros direitos, como é o caso da liberdade de expressão (art. 37.º da CRP) e da criação artística (art. 42.º da CRP), também estes um direito fundamental que compreende a liberdade de expressão de pensamento. Este argumento surge no seguimento do caso polémico ocorrido nos E.U.A. relativo à decisão *Ascroft et al. v. Free Speech Coalition et al*, de 16 de abril de 2002, que declarou a norma relativa à pornografia infantil virtual do *Child Prevention Act* de 1996^{183 184} inconstitucional,

¹⁸⁰ In *Crime de liberdade e autodeterminação (...)*, op. cit., p. 157.

¹⁸¹ In *A relevância penal (...)*, op. cit., pp. 120 e 121.

¹⁸² In *Pedofilia (...)*, op. cit., p. 65.

¹⁸³ Com a intenção de combater contra as agressões sexuais que se começam a propagar pela Internet e pelos meios tecnológicos através de uma nova forma de propagar imagens pornográficas de crianças, o Congresso Norte-Americano encetou esforços para a criação da CPPA em 1996 e criou uma nova definição de pornografia infantil com imagens geradas por computador, uma vez que era seu entendimento que aquelas imagens poderiam criar tantas lesões quanto as que a “real” pornografia infantil criava. Assim, pretendia essencialmente proteger o bem-estar físico e psicológico das crianças americanas (WASSERMAN, in *Virtual. Child.porn.com (...)*, op. cit., p. 266).

¹⁸⁴ Definia pornografia de menores como qualquer representação visível, incluindo fotografia, foto, filme, vídeo, retrato ou imagem ou retrato no computador ou criada no computador, que seja ou aparente ser de uma criança envolvida numa conduta sexualmente explícita.

por violação da liberdade de expressão¹⁸⁵, considerando que, face à ausência de vítima e de um bem lesionado, “*a mera tendência de se expressar ou encorajar atos ilegais não é uma razão suficiente para proibi-la*”. Ainda, defende MOURAZ LOPES que “*existem formas artísticas que poderão ser «chocantes» pelo seu conteúdo, tendo em conta determinados padrões de apreciação cultural. No entanto, nem por isso, tais manifestações poderão consubstanciar qualquer ilicitude e muito menos qualquer crime na medida em que não se individualizem muito concretamente quais os perigos que daí possam existir para o desenvolvimento das crianças*”¹⁸⁶. Assim, argumentava-se que estaria também em causa a violação do Princípio de Intervenção Mínima (subsidiariedade), uma vez que o Estado ia mais além no minimamente necessário, colidindo com direitos e liberdades emanados da constituição, considerando que o direito penal deverá ser sempre *ultima ratio* para solucionar conflitos, pois em causa está a aplicação de uma pena que, seria ilegal, caso a tutela fosse excessiva face ao bem lesado.

Sendo a corrente maioritária na doutrina portuguesa a favor da descriminalização da pornografia infantil virtual, com base nos argumentos *supracitados*, pretendemos demonstrar o contrário e posicionar a nossa opinião a favor da (já) tipificação do crime de pornografia infantil virtual.

Começando pela concretização do bem jurídico, este tem de revelar necessidade de tutela penal. E “*a violação de um bem jurídico penal não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade*”¹⁸⁷. Para tutela do bem jurídico, também o direito penal só deverá atuar *ultima ratio* uma vez que a sua intervenção é de natureza definitivamente subsidiária e, atuando, só deverá tomar de cada pessoa “*o mínimo dos seus direitos e liberdade que se revele indispensável ao funcionamento sem entraves da comunidade (...) uma vez que o*

¹⁸⁵ O Supremo Tribunal Norte-Americano afirmava que o Governo não poderia suprimir uma forma de expressão lícita (“protected speech”) como meio para suprimir uma forma de expressão ilícita (“unprotected speech”), uma vez que a “*mera tendência de uma forma de expressão (“speech”) para encorajar atos ilícitos não é razão suficiente para a proibir*” – PATTO, Pedro Vaz, in *Pornografia infantil virtual*, Julgar, n.º 12 – Especial (setembro-dezembro 2010), 2010, p. 185.

¹⁸⁶ In *Crime de liberdade e autodeterminação (...)*, op. cit., pp. 157 e 158.

¹⁸⁷ FIGUEIREDO DIAS, in *Direito Penal (...)*, op. cit., p. 123.

*direito penal utiliza (...) os meios mais onerosos para os direitos e as liberdades das pessoas*¹⁸⁸”.

Partindo-se do conceito material de bem jurídico, argumenta-se que há uma violação do princípio de Estado Direito, pela excessiva intervenção penal ao fazer prevalecer a proteção de um menor (inexistente) sobre o direito fundamental à liberdade de expressão. No caso em apreço, reconhecemos que a inexistência de uma criança real a ser afetada mediante as agressões sexuais virtuais, poderá tornar mais difícil esta concretização, contudo, não deixamos de ver presente a tutela da dignidade do menor em jogo, uma vez que mediante a prática destes atos, este é atentado no seu crescimento, no seu saudável e equilibrado desenvolvimento, na aquisição de capacidades decorrentes das experiências de vida – a imaturidade da vítima, a sua menor capacidade, releva-se nesta sede, sem que com esta relevância se pretenda orientar-lhe a evolução da personalidade, mas sim, garantir-lhe uma maior proteção, de modo a que seja o menor, quando adulto, a fixar os seus próprios padrões¹⁸⁹.

É esta a liberdade e dignidade do menor que se coloca em risco por cada suporte engrandecido de material pornográfico que circula: é um atentado à sua personalidade. Não queremos com isto desvalorizar a importância fundamental do direito de expressão e da liberdade cultural¹⁹⁰, mas perdoem-nos a incompreensão, pois não conseguimos conceber como poderá o direito à arte, o direito a poder assistir atos pornográficos com crianças prevalecer sobre a proteção da própria criança¹⁹¹ – claramente, terão de haver restrições impostas por lei com vista a

¹⁸⁸ *Ibidem.*, pp. 123-129.

¹⁸⁹ Também, “*é o princípio da essencial dignidade da pessoa humana que postula, na verdade, a distinção entre fazer mal a si próprio e o fazer mal a outrem. Cada um de nós tem o direito, em nome da sua autonomia ética, de escolher entre uma vida saudável e desregrada, entre uma vida de trabalho e ociosa e até entre a vida e a morte, desde que, em todos os casos, não provoque danos a outras pessoas*” – Rui Carlos Pereira, in *Reforma do Código Penal – Trabalhos preparatórios: Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias*, vol. II, Lisboa: Assembleia da República, Divisão de Edições, 1995, p. 141.

¹⁹⁰ Bem sabemos que a “*liberdade de criação cultural ou de criação artística, intelectual e científica é, antes de mais, uma manifestação do próprio desenvolvimento da personalidade*”, in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada (...)*, op. cit., p. 452.

¹⁹¹ Além de que, até mesmo JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS no comentário à Constituição, afirmam que apesar de nenhum tipo de censura ser admitido face à liberdade de pensamento e expressão, “*não significa, porém, que a liberdade de expressão e de informação não estejam sujeitas: a) concordância prática com outros direitos, designadamente com os direitos pessoais (arts. 25.º, n.º 1 e 26.º), estabelecendo a lei garantias efetivas, contra a utilização abusiva ou contrária à dignidade humana (...); c) a regulamentação legislativa ou derivação do Direito da União Europeia*” – quanto a esta al. c),

promover o respeito pelos outros. Confessamos também ser difícil sermos completamente imparciais a juízos ético-morais, mas nem pretendemos seguir essa corrente – trata-se sim, de demonstrar o impacto desastroso que a pornografia infantil virtual pode ter na vida dos menores, “*considerando objetivamente o que ela representa no plano de afirmação da personalidade. E importa considera-lo não para negar, pura e simplesmente, a tutela dessa liberdade, mas para situar a sua real importância no confronto com o perigo, mais ou menos remoto e considerando o princípio da precaução, de danos para as crianças potenciais vítimas de crimes sexuais*”¹⁹².

Ao compreendermos que as relações sexuais têm um efeito negativo na dignidade e no direito ao livre desenvolvimento do menor, torna a restrição ao direito de liberdade de expressão admissível nesta colisão de direitos. Impedir a criminalização da pornografia infantil virtual seria caminhar na coisificação do menor – apesar de não existir uma vítima direta, não deixarão estas imagens de ser instrumentos idôneos a vitimizar outrem através da sua visualização. Nesta corrente, apontamos o caso do Supremo Tribunal Canadano, *R. v. Sharpe*, de 26 de abril de 2001, no qual o Tribunal veio pronunciar-se a favor da criminalização da pornografia virtual pois em causa encontravam-se os direitos das crianças que, direta ou indiretamente afetados, deveriam prevalecer sobre os direitos de liberdade dos produtores de pornografia¹⁹³.

“*Há que considerar que a ordem jurídico-penal comporta, além dos crimes de dano, os crimes de perigo, e entre estes, os crimes de perigo abstrato, que legitimam a criminalização da pornografia infantil virtual atendendo ao perigo de a divulgação e consumo desse material servir para estimular e facilitar a prática de crimes sexuais contra crianças, com os danos que daí possam derivar. Danos potenciais, mas de gravidade indiscutível*”¹⁹⁴. Caso se procedesse à descriminalização deste ilícito penal,

identificamo-la de modo a frisar as obrigações decorrentes nas transposições da legislação europeia (também, art. 8.º, n.º 4 da CRP). In *Constituição Portuguesa Anotada (...)*, op. cit., p. 430.

¹⁹² PATTO, Pedro Vaz, in *Pornografia infantil virtual (...)*, op. cit., p. 194.

¹⁹³ O Supremo Canadano afirmava que qualquer tipo pornografia infantil, “*independentemente da utilização efetiva de crianças na sua produção, produz efeitos que a ordem jurídica deve legitimamente contrariar: consolida e reforça nas pessoas com tendências pedófilas a noção de que as relações sexuais entre adultos e crianças são aceitáveis, contribuindo para nelas enfraquecer a natural inibição que impediria essas relações; é por definição, destinada a estimular esse tipo de comportamentos; é, muitas vezes*” – PATTO, Pedro Vaz, in *Pornografia infantil virtual (...)*, op. cit., p. 186.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 191.

poderíamos colocar as gerações futuras em risco, desde já pelo perigo existente na prática de crimes sexuais contra crianças suscitados pela produção e difusão desse tipo de pornografia, pelo que devemos puni-lo.

De modo a atuar no direito penal preventivo, com a criminalização deste tipo de materiais pornográficos, consegue-se também prevenir que os abusadores sexuais façam uso a este tipo de materiais pornográficos para seduzir as suas vítimas¹⁹⁵, uma vez que a pornografia infantil é também muito usada em menores para introduzi-los e desinibi-los a entrar no mundo sexual, levando-os a aceitar essas condutas abusivas bem como a serem usados para pornografia real. E este mundo sexual não se prende “só” com a pornografia, pois com ela vêm os abusos sexuais, a prostituição, o tráfico e a exploração. Devido às características próprias da idade, as crianças não têm o discernimento suficiente para avaliar que aquela situação, primeiro, é errada por natureza, as crianças não deveriam ser sujeitas àquele tipo de violações; e segundo, que não corresponde à realidade, uma vez que são incapazes de reconhecer que os atores do material são ilusões digitais de um crime e que as imagens que visualizam não representam comportamentos *normais* ou *habituais* do desenvolvimento de uma criança.

Também quanto aos consumidores, mesmo sendo pornografia infantil fictícia, esta é suscetível de despertar desejos sexuais por menores através da visualização de material pornográfico (mesmo que o consumidor tenha a noção que não é real), procurando, depois, desvendar a curiosidade e os impulsos sexuais suscitados pela visualização de pedopornografia. Por fim, pretende-se ainda evitar a fuga destes agressores, ou seja, caso a pornografia infantil virtual não fosse criminalizada, devido à dificuldade em distinguir o material pornográfico real do material pornográfico virtual, poderiam conseguir escapar à mão da justiça atendendo à análise de provas e, pela dúvida razoável gerada, este não poderia ser punido.

Assim, concluímos que são diversos os motivos que nos levam a defender a criminalização da pornografia virtual com menores pois, apesar de estes não serem diretamente lesados, a ausência de lei penal perante esta conduta só iria contribuir

¹⁹⁵ WASSERMAN, in *Virtual.Child.Porn.Com (...)*, op. cit., p. 267.

ainda mais para a rápida propagação deste crime. Demonstra-se que, mesmo com recurso a material virtual, haverá sempre uma lesão da esfera do menor. Apesar de as imagens serem geradas digitalmente e serem virtuais, os danos e lesões que causam são bem reais. Será necessário intensificar os mecanismos de tutela do menor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fechemos por agora as exposições sobre o nosso tema, procurando sintetizar algumas ponderações.

Na primeira parte do nosso trabalho, optámos por fazer uma introdução histórica-legislativa que demonstrasse a evolução da criança enquanto sujeito de direitos tal como hoje conhecemos, considerando que nem sempre foi assim. A criança sujeita unicamente ao poder soberano do pai, carecia de proteção e ajuda. Somente a partir dos inícios do séc. XX, em especial no Pós-Guerra da Primeira Guerra Mundial, é que se começam a dar os primeiros passos na tutela de direitos da criança, sendo em 1989, com a Convenção dos Direitos da Criança, alcançado um marco significativo de reforço na afirmação da criança enquanto sujeito autónomo de direitos. A par deste instrumento legal, com poder vinculativo para os Estados, também outros meios internacionais foram criados para a tutela da criança, sempre levando em conta a sua vulnerabilidade e fragilidade.

Cumpriu-se também procurar personificar a criança e definir o conceito de menor, de modo a saber quem poderá ser integrado no âmbito desta tutela, encontrando, de forma geral, a sua conceção como *todo o ser humano com menos de 18 anos*, sendo a criança um sujeito titular pleno de direitos, dos quais se ressaltam, pela importância e respeito aos estágios evolutivos, o direito à dignidade e a um harmonioso desenvolvimento físico, psicológico, afetivo, moral e social.

Partimos para a segunda parte do nosso estudo onde nos propusemos a abordar o papel do menor no direito penal sexual português. Aproximando-nos do tema da pornografia infantil, coube antes retratar a evolução dos crimes sexuais, bem como apontar o fim da tutela de um bem jurídico preso a conceções ético-morais, decorrente da Revisão de 1995 ao Código Penal, passando a tutelar-se o bem individual da liberdade e autodeterminação sexual, pois em causa está o direito inerente de exercer livremente as suas escolhas sexuais e praticar e autodeterminar-se perante condutas sexuais – estão em causa bens jurídicos que se prendem com a esfera sexual da pessoa. É ainda enunciado o catálogo inerente aos crimes sexuais que incidem sobre os menores, fazendo-se referência ao tratamento legal que é dado

pelo ordenamento jurídico português para a criminalização de atos atentatórios à autodeterminação sexual do menor – aqui, está em causa a tutela dos menores pois, devido às características próprias da idade, à sua incapacidade volitiva e cognitiva, bem como à sua falta de maturidade, estes estão sujeitos às mais variedades formas de agressão e abusos de foro sexual, que lhes causará um desequilíbrio assustador e devastador, apenas para pura satisfação sexual do agressor.

Não pretendendo tratar exaustivamente todo este elenco de crimes sexuais contra o menor, e não querendo desvalorizar a importância de todos os outros, optámos pela Pornografia Infantil pois suspeitávamos que fosse um dos crimes que mais se tinha desenvolvido e propagado nas últimas décadas. E confirmou-se. Após o tratamento do crime a nível europeu, verificámos que o fenómeno da Internet e o avançar das tecnologias tem contribuído de forma (bastante!) grave para o aumento e propagação dos materiais pornográficos com recurso a menores. Reconhece-se um acréscimo das medidas punitivas de tutela dos menores, com o devido aperfeiçoamento de técnicas e de criminalização de atividades que têm surgindo ao longo dos tempos. Contudo, haverá que continuar a melhorar as legislações dos vários Estados, procurando uma maior uniformização legislativa, assim como melhoramentos tanto a nível substantivo como processual dos ordenamentos e, com recurso às entidades especializadas na investigação e proteção deste ilícito penal, promover uma maior coordenação e partilha de informações a nível internacional de forma a abranger qualquer ponto do globo, nesta rede de tutela.

Também o nosso ordenamento tem vindo a implementar as mudanças legislativas impostas pela União Europeia, transpondo para o art. 176.º do CP novas modalidades e formas de criminalização de pornografia com recurso a menores, independentemente do suporte digital e do papel que o agente infrator ocupa, isto é, se produz, distribui, exporta, divulga, cede, consome – nenhum tipo de recurso a menores para a produção de material pornográfico é permitido à luz da lei penal. A nosso ver, e bem. Não deverá ser permitida qualquer forma de pornografia com menores de forma a prevenir a propagação do crime e de modo a evitar o aumento de redes de tráficos com menores para serem abusados e explorados para a produção de material.

Além de que não interessa se em causa está uma criança real ou virtual – ao abrigo do n.º 4, do art. 176.º prevê-se a *representação realista de menor*, e é aqui que a problemática da pornografia infantil virtual entra na medida em que, ao não estarem em causa atos praticados por uma criança real e não sendo essa mesma criança real lesada, que bem jurídico temos zelado? Não estaremos a incorrer no risco de tutelar um direito meramente moral? Não estará o direito penal que deverá sempre agir em *ultima ratio* a extravasar a liberdade do agente e a violar o princípio de subsidiariedade? E não haverá aqui uma colisão de direitos ao criminalizar a pornografia infantil virtual em sacrifício da liberdade de expressão, direito igualmente fundamental?

Julgamos que não. Apesar de não haver uma criança real, uma criança que sinta fisicamente os abusos realizados mediante softwares informáticos, haverá sempre uma criança lesada. Mesmo estando em causa a liberdade de expressão e criação artística, não se imagina como poderá decorrer da produção de pornografia infantil uma busca de verdade intelectual, um processo de decisão política, uma manifestação artística, entre outros, que se traduza numa *manifestação do próprio desenvolvimento da personalidade* e que concretize e realize um indivíduo. Este espaço de liberdade e expressão pessoal mal é afetado, já o contrário não se poderá dizer quanto ao desenvolvimento pessoal e realização humana das crianças que dela possam ser vítimas.

A pornografia infantil real e virtual são substancialmente idênticas, tanto a nível de valor penal como a nível de afetação da esfera do menor. A única diferença entre estes dois tipos é que uma abusa diretamente de crianças aquando a sua produção, enquanto a outra indiretamente afeta a criança. Mas, em qualquer um dos casos as crianças são ofendidas sexualmente e as lesões que sofrem são de longe um grande impacto físico, psicológico, cognitivo e social. Mesmo que se previsse a criminalização de maneira diferente as várias modalidades já elencadas, é necessário permanecermos neste caminho e continuar a punir as condutas lesivas do foro sexual do menor - estão em causa bens jurídicos bem valiosos, pelo que se justifica uma tutela mais antecipada e mais intensa.

Antes de mais, pela defesa da sua autodeterminação e dignidade pois esta é atentada ao coisificar-se a criança nesse tipo de material; por outro lado, a sua

dignidade pode mesmo ser abalada pela sua integridade física ao ser usado este tipo de material contra crianças para desinibi-las a praticar atos sexuais com outros, pelo que não são apenas desvalorizações morais que estão em jogo. Por definição, a pornografia estimula instintos sexuais, pelos que é expectável que em consumidores de pornografia com recurso a menores os comportamentos lascivos se intensifiquem contra os menores – há uma afetação na esfera sexual do menor.

Ademais, julgamos não ser possível compactuar com a defesa da liberdade de expressão sobre a criança.

O peso e importância daquela liberdade não se coloca em causa. Contudo, os danos decorrentes dos abusos sexuais são substancialmente superiores. Veja-se que, além de a pedopornografia virtual ser utilizada como incentivo aos menores para a prática de atos lascivos, também ela pode desencadear o desejo de “*simples*” consumidores vivenciarem um ato sexual com crianças, aumentando o risco para os menores. Além de mais, o evoluir das tecnologias tem permitido um grande melhoramento na criação deste tipo de material, o que torna cada vez mais difícil distinguir a realidade da virtualidade.

Assim, também a dificuldade é suscitada em matéria de apreciação de prova pelo que, criando dúvida razoável no julgador, este não poderá ser criminalizado pela prática do crime de pornografia infantil – passam a sair impunes os produtores de pornografia infantil. Julgamos que a criminalização da pornografia infantil virtual não deve ser alvo de críticas depreciativas, nem se deve caminhar para a descriminalização do crime.

São mais que evidentes os danos que a pornografia virtual pode criar no mundo jurídico das crianças que, apesar de não lesionadas fisicamente, são atingidas no seu foro mais íntimo. Pretende-se que se reconheça às crianças um regime jurídico de proteção que comece pela própria sociedade e onde todos os cidadãos tenham um papel de intervenção. Caso sejam detetadas situações de perigo ou violação de segurança da vida em comunidade, para uma criança, impõe-se o dever de lhe prestar auxílio imediato e comunicar o facto às entidades competentes, pois tem-se vindo a desenvolver um sistema que o permite.

A criança deixou de ser um objeto do qual se podia dispor para, hoje, ser um sujeito de direitos, um sujeito carente e necessitado de tutela, tanto fisiológica como patrimonial. É urgente estar atento e agir em prol da proteção dos menores. Lutemos contra a propagação da pornografia infantil, e de qualquer tipo de abuso sexual, das nossas crianças.

BIBLIOGRAFIA¹⁹⁶:

I. Monografias:

- . AA. VV. (1995), in *Reforma do Código Penal – Trabalhos preparatórios: Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias*, vol. I e vol. II, Lisboa: Assembleia da República, Divisão de Edições.
- . ALFAIATE, Ana Rita (2009), in *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra: Coimbra Editora.
- . ALVES, Sénio Manuel dos Reis (1995), in *Crimes Sexuais – Notas e comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal*, Coimbra: Livraria Almedina.
- . ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia (2012), in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I – artigos 131.º a 201.º, 2ª edição; Coimbra: Coimbra Editora.
- . BELEZA, Teresa Pizarro (1996), in *Sem sombra de pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal*, Separata de Jornadas de Direito Criminal, Revisão do Código Penal, Lisboa: Centro Estudos Judiciários.
- . BÖRJESSON, Carla (2012), in *Crimes sexuais contra menores – O abuso sexual de menores e a Internet*, Dissertação de tese de Mestrado em Direito Criminal, Universidade Católica Portuguesa, Porto.
- . COSTA, Luciana Gertum Pereira de Oliveira (2005/2006), in *A difusão da pornografia infantil pela Internet: sentido e limites de uma incriminação*, Dissertação de Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Universidade de Lisboa.
- . FERREIRA, Ana Isabel de Sá de Figueiredo (2011), in *Direitos das crianças: do abstracto ao concreto*, Dissertação da tese de Mestrado em Ciências da Educação, Universidade de Aveiro.
- . FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (2012), in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I – artigos 131.º a 201.º, 2ª edição; Coimbra: Coimbra Editora.
- . _____, (2007), in *Direito Penal: parte geral*, Tomo I – Parte Geral: Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

¹⁹⁶ Organizada por categorias e ordem alfabética.

- . LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SIMAS SANTOS, Manuel José Carrilho de (2002), in *Código Penal anotado*, v. I (arts. 1.º a 130.º), 3ªed., Lisboa: Editora Rei dos Livros.
- . LEITE, Inês Ferreira (2004), in *Pedofilia – Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*, Coimbra: Livraria Almedina.
- . LIMA, Pires de; VARELA, Antunes (1987), in *Código Civil Anotado*, v. I (arts. 1.º a 761.º), 4ªed., Coimbra: Coimbra Editora.
- . MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes (2007), in *Código Penal Português Anotado – anotado e comentado – legislação complementar*, 18ª ed., Coimbra: Edições Almedina.
- . MIGUEZ GARCIA, M.; CASTELA RIO, J.M. (2014), in *Código Penal: parte geral e parte especial – Com notas e comentários*, Coimbra: Almedina.
- . MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui (2005), in *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I, Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º*, Coimbra Editora.
- . MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (2004), in *A Declaração Universal dos Direitos da Criança e os seus sucedâneos internacionais: tentativa de sistematização*, Coimbra: Coimbra Editora.
- . MOURAZ LOPES, José (2008), in *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal – Revista e modificada de acordo com a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro*, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- . NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz (1985), in *O direito penal sexual: conteúdo e limites*, Coimbra: Livraria Almedina.
- . PACHECO, Maria Beatriz de Castro Tavares Monteiro (2012), in *O crime de atos sexuais com adolescentes – Reflexões críticas em torno do conceito de abuso da inexperiência da vítima*, Dissertação de tese de Mestrado em Direito Criminal, Universidade Católica Portuguesa.
- . PINHEIRO, Jorge Duarte (2013), in *O Direito da Família Contemporâneo – Lições*, 4ª edição, Lisboa: AAFDL.
- . PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo (2015), in *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.
- . RODRIGUES, Benjamim Silva (2009), in *Das escutas telefónicas à obtenção de prova (ambiente)digital*, 2ª ed., Coimbra Editora.

- . ROXIN, Claus (1998), in *Problemas Fundamentais de Direito Penal*”, 3ªed., Coleção Vega Universidade.
- . SOTTOMAYOR, Maria Clara (2014), in *Temas de direito das crianças*, Coimbra: Almedina.
- . VENÂNCIO, Pedro Dias (2011), in *Lei do Cibercrime – Anotada e comentada*, Coimbra Editora – grupo Wolters Kluwer.

II. Periódicos:

- . ALBERGARIA, Pedro Soares; LIMA, Pedro Mendes (2010), in *Crime de detenção de pseudopornografia infantil – evolução ou involução?*, Revista Julgar, n.º 12 – Especial (setembro-dezembro 2010).
- . AMARAL, Jorge Pais do (2010), in *A criança e os seus direitos*, Estudos em Homenagem a Rui Epifânio, Coords. Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio, Paulo Guerra, Coimbra: Almedina.
- . ANTUNES, Maria João (2010), in *Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores*”, Revista Julgar, n.º 12 – Especial (setembro-dezembro 2010).
- . BELEZA, Teresa Pizarro (1998), in *A revisão da Parte Especial na reforma do Código Penal: legitimação, reequilíbrio, privatização, «individualismo»*, Jornadas sobre a revisão do Código Penal – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Org. Maria Fernanda Palma e Teresa Pizarro Beleza, Lisboa: AAFDL Editora.
- . DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva (2011), in *Notas substantivas sobre crimes sexuais com vítimas menores de idade*, Revista do CEJ – 1º semestre 2011, n.º 15, Almedina.
- . DIAS, Vera Marques (2012), in *A problemática da investigação do cibercrime*, Data Venia – Revista Jurídica Digital, Ano 1, n.º 01, julho-dezembro 2012, [Internet], disponível em www.datavenia.pt [consultado a 15 de agosto de 2016].

- . FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (1995), in *Reforma do Código Penal – Trabalhos preparatórios: Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias*, vol. III, Lisboa: Assembleia da República, Divisão de Edições.
- . GARCÍA, Juan Carlos Rojo (2002), in *La realidade de la pornografia infantil en internet*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época – enero 2002 (n.º9), Madrid: Marcial Pons, Librero.
- . GONÇALVES, Maria João; SANI, Ana Isabel (2013), in *Instrumentos jurídicos de proteção às crianças: do passado ao presente*, e-cadernos ces [Online], 20 | 2013, [Internet], disponível em <http://eces.revues.org/1728> [consultado a 30 de setembro de 2016].
- . HESSICK, Carissa (2011), in “*Disentangling child pornography from child sex abuse*”, [Internet] disponível em <http://openscholarship.wustl.edu/law-lawreview/vol88/iss4/2/> , nnnnnn [consultado a 16 de outubro 2016, e acedido por heinonline.org (citação: 88 Wash. U. L. Rev. 853 2010-2011 – <https://www.copyright.com/copyright/basicSearch.do?&operation=go&searchType=0&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0043-0862>)].
- . INTERNATIONAL CENTRE FOR MISSING & EXPLOITED CHILDREN (2016), in *Child Pornography: Model Legislation & Global Review*, 8th Edition, 2016, [Internet], disponível em <http://www.icmec.org/wp-content/uploads/2016/02/Child-Pornography-Model-Law-8th-Ed-Final-linked.pdf>, [consultado a 07 de janeiro de 2017].
- . JONES, Logan M. (1998), in *Regulating child pornography on the internet – the implications of article 34 of the United Nations Conventions on the Rights of the Child*, The International Journal of Children’s Rights, 6: 5579, Netherlands, 1998, [Internet], disponível em <https://www.researchgate.net/journal/1571-8182-The-International-Journal-of-Children-s-Rights> , [consultado a 16 de outubro de 2016, e acedido por heinonline.org (citação: 6 Int’l J. Child. Rts. 55 1998- <https://www.copyright.com/copyright/basicSearch.do?&operation=go&searchType=0&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0927-5568>)].

- KHAN, Khalid (2000), in *Child Pornography on the Internet*, The Police Journal – 2000 January Edition, [Internet], consultado a 16 de outubro 2016, e acedido por heinonline.org (citação: 73 Police J. 7 2000 - <https://copyright.com/copyright/basicSearch.do?&operation=go&searchType=0&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=00032-258X>]).
- LEITE, André Lamas (2016), in *As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas*, Julgar, n.º 28 (janeiro-abril 2016).
- LOPES, Manuela Baptista (2014), in *Enquadramento jurídico-normativo dos direitos da criança em Portugal*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v.XC, tomo I (2014), Coimbra.
- LOWENKRON, Laura (2016), In *Menina ou moça? Menoridade e consentimento sexual*, Desidades – Revista eletrónica de divulgação científica da infância e juventude, [Internet] disponível em <https://revistas.ufri.br/index.php/desidades/article/view/3146/2495> [consultado a 10 de janeiro de 2017].
- MARTINS, CLÁUDIA SOFIA ANTUNES (2013), in *Das primeiras leis de protecção da infância e juventude em Portugal à entrada em vigor da LPCJP*, Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, n.º 22, 2013, Porto.
- MARTINS, Rosa (2008), in *Menoridade, (In)capacidade e cuidado parental*, Centro de Direito da Família – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora.
- PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz (2010), in *Pornografia infantil virtual*, Julgar, n.º 12 – Especial (setembro-dezembro 2010).
- RAMOS, Fernando João Ferreira (1993), *crimes sexuais no projeto de revisão do Código Penal de 1982*, Revista de Ciência Criminal, Ano 3, v. 1, jan-mar 1993, Aequitas Editora.
- RIBEIRO, Alcina Costa (2010), in *Autonomia da criança no tempo de criança*, Estudos em Homenagem a Rui Epifânio, Coords. Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio, Paulo Guerra, Coimbra: Almedina.
- RODRIGUES, Ana Paula (2011), in *Pornografia de menores: novos desafios na investigação e recolha de prova digital*, Revista do CEJ, n.º 15, sem.1 (2011), Lisboa: Editora Almedina.

- . SAIAS, Marco Alexandre (2002), in *A Convenção sobre os Direitos da Criança*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. 43, n.º 1, Lisboa: Coimbra Editora.
- . SHIRAZI, Emanuel (2002/2003), in *How constitutionally protect against virtual child pornography*, Hastings Comm/Ent L.J., 2002/2003, [Internet], consultado a 16 de outubro 2016, e acedido por heinonline.org (citação: 25 Hastings Comm. & Ent. L.J. 343 2002-2003 – <http://www.copyright.com/basicSearch.do?&operation=go&searchType=0&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=1061-6578>).
- . SOTTOMAYOR, Maria Clara (2010), in *A autonomia do direito das crianças*, Estudos em Homenagem a Rui Epifânio, Coords. Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio, Paulo Guerra, Coimbra: Almedina.
- . _____ , (2015), in *A noção da criança na lei e nas ciências sociais*, Boletim da Ordem dos Advogados, nº 127 (junho de 2015), Lisboa, 2015.
- . WASSERMAN, Adam J. (1998), in *Virtual.child.porn.com: Defending the constitutionality of the criminalization of computer-generated child pornography by the Child Pornography Prevent Act of 1996 – A reply to Professor Burke and other critics*, Harvard Journal on Legislation, 1998, [Internet], disponível em <http://harvardhrj.com/>, [consultado a 16 de outubro de 2016, por heinonline.org (citação. 35 Harv. J. on Legis. 245 1998-<https://www.copyright.com/copyright.com/basicSearch.do?&operation=go&searchType=0&lastSearch=simple&all=o&titleOrStdNo=0017-808X>)].

III. Jurisprudência consultada:

- . Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06 de abril de 2016, Processo n.º 19/15.7JAPDL.S1, disponível em www.dgsi.pt.
- . Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13 de janeiro de 2016, Processo n.º 53/13.1GESRT.C1, disponível em www.dgsi.pt.
- . Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09 de setembro de 2015, Processo n.º 11/14.9GCRMZ.E, disponível em www.dgsi.pt.

- . Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra de 18 de março de 2015, Processo n.º 833/12.8JACBR.C1, disponível em www.dgsi.pt.
- . Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 17 de março de 2015, Processo n.º 524/13.0JDLSB.E1, disponível em www.dgsi.pt.
- . Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03 de dezembro de 2014, Processo n.º 4190/11.9TAGDM.P1, disponível em www.dgsi.pt.
- . Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de novembro de 2014, Processo n.º 1287/08.6JDLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.
- . Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de maio de 2014, Processo n.º 362/09.4GDSNT.L1-9, disponível em www.dgsi.pt.
- . Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 02 de março de 2014, Processo n.º 347/08.8JACBR.C1, disponível em www.dgsi.pt.
- . Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de maio de 2013, Processo n.º 93/09.5TAABT.E1.S1, disponível em www.dgsi.pt.
- . Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de outubro de 2012, Processo n.º 617/08.5PALGS.E2.S1, disponível em www.dgsi.pt.
- . Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de novembro de 2011, Processo n.º 4/10.5GBBFAR.E1.S1, disponível em www.dgsi.pt.
- . Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de julho de 2005, Processo n.º 05P2442, disponível em www.dgsi.pt.

IV. Páginas da *web* consultadas:

- . <http://www.cnpcjr.pt/>
- . <https://cs.stanford.edu/people/eroberts/cs181/projects/effect-on-interpersonal-skills/Relationships5.htm>
- . <http://www.dgpi.mj.pt/>

- . <http://www.dgsi.pt>
- . <http://eur-lex.europa.eu/>
- . <http://www.gddc.pt/>
- . <http://home.heinonline.org/>
- . <http://www.icmec.org/>

ÍNDICE GERAL

Lista de Abreviaturas	5
Resumo	6
Abstract	8
Considerações Iniciais	9
Capítulo I	
Evolução da tutela da criança e consagração dos seus instrumentos	12
§1. Reconhecimento da criança como sujeito de direitos	12
1.1. Considerações iniciais sobre o estatuto da criança	12
1.2. Primeiros passos para a tutela das crianças através de instrumentos jurídicos internacionais	13
1.3. A Convenção dos Direitos da Criança de 1989: o grande marco na proteção das crianças	16
§2. Enquadramento legal português	19
2.1. Evolução do quadro legal português – panorama geral	19
2.2. Tutela Constitucional	21
2.3. Tutela Civil	22
2.4. Tutela Penal e Processual Penal	22
§3. A menoridade: do que se trata?	23
3.1. Personificação da criança – conceções introdutórias	23
3.2. Construção jurídica do menor na Convenção e o Ordenamento Jurídico Português	24
Capítulo II	
O menor no direito penal sexual português	28
§4. Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual	28
4.1. Os outrora crimes sexuais	28
4.2. Revisão Penal de 1995: o abandono dos crimes sexuais para o abraçar dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual	29
4.3. O novo bem jurídico: liberdade e autodeterminação sexual	31
4.4. O ato sexual de relevo	32
4.5. Restantes alterações ao Código Penal	37
§5. Tipos de crimes sexuais que afetam o menor	39

§6. Consentimento do menor	45
Capítulo III	
A pornografia infantil	49
§7. Análise ao papel da União Europeia no combate à Pornografia Infantil	50
7.1. Atuação da União Europeia no combate à Pornografia Infantil	51
7.2. A Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho	54
7.3 A Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho	56
§8. O <i>iter criminis</i> da pornografia infantil na Internet	57
8.1. A potencialidade da Internet	59
8.2. Dificuldades e soluções de combate à disseminação do crime	61
§9. Pornografia infantil em Portugal	62
9.1. Os primórdios do artigo 176.º do Código Penal	62
9.2. Características da criminalização da pornografia infantil (art. 176.º do CP)	65
9.3. Modalidades do tipo de crime	69
Capítulo IV	
Pornografia infantil virtual	75
§10. Tipificação e concretização do ilícito penal	75
§11. Críticas à criminalização da pornografia infantil virtual	78
Considerações finais	85
Bibliografia	
I. Monografias	90
II. Periódicos	92
III. Jurisprudência consultada	95
IV. Páginas da <i>web</i> consultadas	96